Annahmerecht
und die Abnahmepflicht des Käufers und Werkbestellers.

Dritter Teil:
Die Abnahmepflicht.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Fritz Coerper

Referendar a. D. in Charlottenburg-Westend.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1909.

Meinen Eltern!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546804_0022

Vorwort.

In der vorliegenden Schrift ist mit Genehmigung der Juristenfakultät nur der dritte und letzte Abschnitt der Inaugural-Dissertation des Verfassers zum Abdruck gebracht, die unter dem Haupttitel dieser Schrift von der Juristenfakultät approbiert worden ist.

Der I. Abschnitt: Einleitung. § 1. Die Annahme-Abnahmefrage enthält die Fragestellung für die ganze Arbeit; der II. Abschnitt behandelt die Annahme im Schuldverhältnis in folgenden Unterabschnitten: § 2. Vorbemerkung: „Annahmepflicht des Gläubigers?"; § 3. Recht und Pflicht im Schuldverhältnis; § 4. Annehmen und Fordern der Leistung; § 5. Annehmen und Leisten; § 6. Annahme und Gegenleistung; § 7. Die „indirekte Verpflichtung zur Leistung".

F. C.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

III. Die Abnahmepflicht.

§ 8. Annahme und Abnahme und der „Gegenstand der Leistung“ . . 1

§ 9. Die Abnahmepflicht des Käufers und des Werkbestellers 77

Literaturverzeichnis.

Barkhausen, Die Klage des Verkäufers auf Abnahme der Ware. In der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 30 S. 30 ff.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten. Bd. 2. Abt. 1 u. 2. 2. Aufl. Erlangen 1879.

Bruns-Eck-Mitteis, Das Pandektenrecht. In Holtzendorff-Kohler, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft Bd. 1 6. (1.) Aufl. S. 289 ff. Leipzig-Berlin 1904.

v. Buchka, Die indirekte Verpflichtung zur Leistung. Rostock 1904.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 4. Aufl. Jena 1903.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 2. 1. u. 2. Hälfte. Tübingen u. Leipzig 1902.

Dankwardt, Die locatio conductio operis. In Jherings Jahrbüchern Bd. 13 S. 299 ff.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens. Bd. 2 Abt. 1 3. Aufl. Halle 1905, Bd. 2 Abt. 2 3. Aufl. Halle 1906.

Doehnahl, Die Gefahrtragung beim Werkvertrage nach römischem Recht und dem Bürgerlichen Gesetzbuch. In Jherings Jahrbüchern Bd. 48 S. 241 ff.

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch. Bd. 2 Mannheim 1901, Bd. 3 Mannheim 1905.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1, 8. Aufl. Teil 3 Berlin 1902, Teil 4 Berlin 1903.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. 6. Aufl. München 1904.

Fleck, Die Verzugslehre und der Entwurf eines Handelsgesetzbuchs. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 12 S. 252 ff.

Gierke, Grundzüge des deutschen Privatrechts. In Holtzendorff-Kohler, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft Bd. 1 6. (1.) Aufl. Leipzig-Berlin 1904.

Goldschmidt, Zusatz zu Barkhausen (wie oben). In der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 30 S. 58 f.

Hahn, Materialien zum Handelsgesetzbuch. Berlin 1897.

Heilfron, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 2. 2. Aufl. Berlin 1902.

Hirsch, Zur Revision der Lehre vom Gläubigerverzuge. Leipzig 1895.

Hohenstein, Der Abnahme - Annahmeverzug des Käufers - Gläubigers. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 25 S. 69 ff.

Hohenstein, § 326 BGB. und der Abnahmeverzug des Käufers. In Gruchots Beiträgen Bd. 48 S. 711 ff.

Hölder, Kommentar zum allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs. München 1900.

Jacobi, Die Abnahmepflicht des Käufers unter Berücksichtigung der Abnahmepflicht des Werkbestellers. In Jherings Jahrbüchern Bd. 45 S. 259 ff.

Koch, Allgem. Landrecht mit Kommentar. Bd. 1. 8. Aufl. Berlin - Leipzig 1884.

Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 2. Teil 1: Schuldrecht. Berlin 1906.

Kohler, Rechtsphilosophie und Universalgeschichte. In Holtzendorff-Kohler, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft Bd. 1 6. (1.) Aufl. S. 1 ff. Leipzig-Berlin 1904.

Kohler, Bürgerliches Recht. Ebenda S. 561 ff.

Kohler, Annahme und Annahmeverzug. In Jherings Jahrbüchern Bd. 17 S. 261 ff,

Kohler, Der Gläubigerverzug. Zwölf Studien zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 3 S. 109 ff. Berlin 1900. Sonderabdruck aus dem Archiv für bürgerliches Recht Bd. 13 S. 149 ff.

Laband, Zum zweiten Buch des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 74 S. 299 ff.

Lehmann, Karl, Die Bedeutung der Ausdrücke „Abnahme" (Empfangnahme) nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Handelsgesetzbuch. In der Deutschen Juristenzeitung Bd. 7 S. 491 ff.

Lippmann, Gibt der Abnahmeverzug des Käufers für sich allein dem Verkäufer die Rechte aus § 326 BGB.? In der Deutschen Juristenzeitung Bd. 11 S. 800 ff.

Litthauer, Handelsgesetzbuch. 12. Aufl. Berlin 1901.

Lotmar, Der Arbeitsvertrag. Bd. 1 Leipzig 1902, Bd. 2 Leipzig 1908.

Mommsen, Die Lehre von der Mora. Braunschweig 1855.

Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 2. Berlin 1899.

Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Das Recht der Schuldverhältnisse. 1. Aufl. Berlin 1899, 2. Aufl. Berlin 1906.

Paech, Der Leistungsverzug. Berlin 1902.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. 3. Aufl. Berlin 1907.

Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen. Bd. 2. Berlin 1903.

Riezler, Der Werkvertrag nach Bürgerlichem Gesetzbuch. Jena 1900.

Romeick, Zur Technik des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Heft 1: Fristbestimmung. Stuttgart 1901.

Rosenberg, Der Verzug des Gläubigers. Voraussetzungen und Wirkungen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch unter Berücksichtigung des gemeinen Rechts. In Jherings Jahrbüchern Bd. 43 S. 141 ff.

Rümelin, Gustav, Dienstvertrag und Werkvertrag. Stuttgart 1905.

v. Schey, Begriff und Wesen der mora creditoris nach österreichischem und gemeinem Recht. Wien 1884.

Schöller, Die Folgen schuldhafter Nichterfüllung, insbesondere der Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei Kauf, Werkvertrag, Miete und Dienstvertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. In Gruchots Beiträgen Bd. 46 S. 1 ff.

Schollmeyer, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Recht der Schuldverhältnisse. 1. Hälfte. München 1900.

Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im Bürgerlichen Gesetzbuch. 2. Aufl. Berlin 1904.

Siber, Der Rechtszwang im Schuldverhältnis. Leipzig 1903.

Sprenger, Über die Klage des Verkäufers auf Abnahme der verkauften Sachen nach § 459 Abs. 2 des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. In Gruchots Beiträgen Bd. 34 S. 592 ff.

Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. Berlin 1897.

Staub, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. 5. Aufl. Berlin 1897.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Bd. 2. 6. u. 7. Aufl. Berlin 1900.

Staubs Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Bd. 2. 8. Aufl. Berlin 1907.

Tränkner, Einzelne Schuldverhältnisse. In den Vorträgen über das Bürgerliche Gesetzbuch S. 333. Leipzig 1901.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 2. 8. Aufl. Frankfurt 1900.

Wolff, Zur Lehre von der Mora. Göttingen 1841.

Dissertationen.

Carl, Der Gläubigerverzug unter besonderer Berücksichtigung des Verschuldens. (Freiburg) Worms 1902.

Conze, Kauf nach hanseatischen Quellen. Bonn 1889.

Goldmann, Der Inhalt der Abnahmepflicht des Käufers nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch nebst historischer Einleitung. (Leipzig) Borna-Leipzig 1905.

Hackert, Die Begriffe „Ablieferung", „Abnahme", „Annahme" und „Empfangnahme" im Kauf- und Frachtrecht nach bürgerlichem und Handelsrecht. (Rostock) Bochum 1903.

Klein, Der Annahmeverzug nach heutigem bürgerlichen Recht. (Heidelberg) Straßburg 1907.

Kornfeld, Die Voraussetzungen des Gläubigerverzugs nach gemeinem Recht und dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Rostock 1903.

Leyser, Ein Vergleich zwischen Mäklervertrag und Werkvertrag. (Erlangen) Görlitz 1903.

Michelsen, Die Klage des Verkäufers gegen den Käufer auf Abnahme der Ware nach gemeinem Zivilrecht und Handelsrecht. (Erlangen) Hadersleben 1897.

Oberloskamp, Abnahmepflicht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. (Leipzig) Borna-Leipzig 1905.

Rauert, Anspruch auf Abnahme bei Kauf, Dienstvertrag und Werkvertrag. Rostock 1902.

Robinow, Die Voraussetzungen des § 326 BGB., insoweit er nach HGB. § 375 auf den Spezifikationskauf Anwendung findet. Leipzig 1902.

Schanzenbach, Gibt es oder inwieweit gibt es in gegenseitigen Verträgen eine Pflicht zur Annahme der Gegenleistung? Erlangen 1898.

Schmitz, Von der Abnahmepflicht des Käufers und Werkbestellers. (Jena) Borna-Leipzig 1906.

Schmidt-Scharff, Wirkungen der mora accipiendi des Käufers nach gemeinem und nach Handelsrecht. (Göttingen) Frankfurt a. M. 1891.

Schöffer, Abnahmepflicht beim Kauf- und Werkvertrag. (Rostock) Leipzig 1903.

Schütze, Die Abnahmepflicht des Käufers. Kiel 1904.

Striebinger, Der Begriff der Abnahme bei Kauf- und Werkvertrag. (Erlangen) München 1906.

Ulrich, Die Deposition und Dereliktion behufs Befreiung des Schuldners. Zürich 1877.

Venus, Voraussetzungen des Annahmeverzugs des Handelskäufers und Überblick über die Wirkungen dieses Verzugs. (Leipzig) Borna-Leipzig 1904.

Warschauer, Der Tatbestand des Annahmeverzugs nach gemeinem Recht und dem Bürgerlichen Gesetzbuch. (Breslau) Greifswald 1899.

Wenz, Die Voraussetzungen des Gläubigerverzugs nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Straßburg 1902.

Ziegler, Voraussetzungen und Wirkungen des Annahmeverzugs nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. (Leipzig) Bartenstein 1901.

Juristische Wochenschrift 1905, 1907.
Deutsche Juristenzeitung 1902, 1904, 1905.
Das Recht 1906, 1907.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts Bd. 4, 11.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen Bd. 5, 14, 26, 30, 43, 49, 56—67 Heft 2.

III. Die Abnahmepflicht.

§ 8.

Annahme und Abnahme und der „Gegenstand der Leistung".

Die Annahme ist Gläubigerrecht, die Abnahme Schuldnerpflicht: „Der Käufer ist verpflichtet, dem Verkäufer ... die gekaufte Sache abzunehmen" (§ 433, 2); „der Besteller ist verpflichtet, das vertragsmäßig hergestellte Werk abzunehmen, soweit nicht nach der Beschaffenheit des Werkes die Abnahme ausgeschlossen ist" (§ 640, 1). „Der Unterschied, der An- und Abnahme scharf trennt, liegt — nach Jacobi[1]) — darin, daß das Gesetz von Annahme[2]) spricht, wenn der Erwerber als Gläubiger, und von Abnahme,[3]) wenn er als Schuldner in Betracht kommt". Das ist an sich richtig, besagt indes noch gar nichts über das Wesen, Inhalt und Gegenstand der Annahme einerseits und der Abnahme andererseits, sondern nur über deren obligatorischen Charakter. Der obligatorische Charakter des sogen. Annahmerechtes ist im vorigen Kapitel behandelt, derjenige der Abnahmepflicht kann kaum zweifelhaft sein.[4])

Annahme ist zuvörderst Annahme der Leistung, Abnahme dagegen Abnahme der Sache oder des Werkes. Der

---

[1]) Jacobi, Die Abnahmepflicht des Käufers unter Berücksichtigung der Abnahmepflicht des Werkbestellers, in Jherings Jahrb. Bd. 45 S. 283.

[2]) vgl. die Aufzählung der Gesetzesstellen bei Rosenberg a. a. O. S. 253 f., der jedoch § 341, 3 ausläßt; vgl. hierzu RGE. Bd. 57 S. 337 ff., Bd. 64 S. 240.

[3]) vgl. Rosenberg a. a. O. S. 254 f.

[4]) vgl. Mugdan Bd. 2 S. 176, 766; das Nähere hierüber unten § 9.

Unterschied zwischen Annahme und Abnahme ist also in erster Linie darin zu suchen, daß die Annahme auf die Leistung, die Abnahme auf die Sache oder das Werk geht, oder, um mit Jacobi (vgl. oben S. 1) zu reden, daß das Gesetz von Annahme spricht, wenn es sich um die Leistung als solche, und von Abnahme, wenn es sich um die Sache oder das Werk handelt.

Eine Leistung abzunehmen oder von der Abnahme einer Leistung zu sprechen, ist begrifflich ausgeschlossen.[5]) Denn der Gläubiger ist gegenüber der Leistung als Erfüllung der Leistungsverpflichtung des Schuldners der Empfangende,[6]) der die Leistung Entgegennehmende: er ist — in thesi — passiv, während der Schuldner das aktive Element vertritt. „Abnehmen" aber bedeutet vorwiegend Aktivwerden, während allerdings im „Annehmen" auch ein Passivsein, ein „Sichgefallenlassen" enthalten ist. Aber auch eine Leistung anzunehmen, ist, genau genommen, unmöglich. Denn annehmen ebenso wie abnehmen kann man, wörtlich, nur eine Sache, einen körperlichen Gegenstand. Alles andre „Annehmen" ist nur im übertragenen Sinne zu verstehen. Insbesondere die „Annahme" einer Leistung. Denn „die Leistung" ist absolut nichts Gegenständliches, sondern einfach „das Leisten" schlechthin: das Verhalten oder, bei sogen. Gegenstandsleistungen, das Verfahren mit einem (körperlichen) Gegenstand, das der Schuldner als solches schuldet.

---

[5]) Daß im verwaltungsrechtlichen Sinne die „Abnahme" (z. B. einer Eisenbahnstrecke, eines Kriegsschiffes) gerade die Prüfung der Leistung auf die Erfüllung der gestellten Bedingungen bedeuten kann, und daß ferner nach dem kaufmännischen Sprachgebrauche die „Abnahme" in erster Linie gerade die Mitwirkung des Gläubigers („Erfüllungshandlungen des Käufers"; vgl. Förtsch, Sprache der Juristen, der Gesetze, der Geschäftswelt, DJZ. 1905 S. 17 ff.) zur Leistung des Schuldners mitumfaßt, besagt natürlich nichts gegen die Unmöglichkeit einer „Abnahme der Leistung" im schuldrechtlichen Sinne.

[6]) Ähnliche Erwägungen veranlaßten die Nürnberger Konferenz, im Art. 346 ADHGB. an Stelle der im Art. 263 des preuß. Entwurfs vorgeschlagenen „Abnahme" den Ausdruck „Empfangnahme" zu wählen; vgl. K. Lehmann, Die Bedeutung der Ausdrücke „Abnahme" (Empfangnahme) nach BGB. und HGB., DJZ. 1902 S. 491 ff.

Und nur dieses Leisten schuldet der Schuldner. Darum ist es nicht richtig,[7]) wenn der Gesetzgeber § 300, 2 mit den Worten beginnen läßt: „Wird eine nur der Gattung nach bestimmte Sache geschuldet..."[8]) Richtiger begann der entsprechende § 257, 2 des 1. Entw.: „Ist der Gegenstand der Leistung eine nur der Gattung nach bestimmte Sache ..." Daß diese Fassung, die auch von der 2. Kommission[9]) ausdrücklich bestätigt worden war, nachträglich von der Redaktionskommission für die Veröffentlichung der Teilentwürfe in die jetzige umgewandelt[10]) wurde,

---

[7]) Auch in § 295 bedient sich das Gesetz der abgekürzten Ausdrucksweise: „Ein wörtliches Angebot des Schuldners genügt ..., insbesondere wenn der Gläubiger die geschuldete Sache abzuholen hat". Daß auch im übrigen im Satz 1 von § 295 der angeführte Nachsatz mit dem „genügt" des Vordersatzes in Widerspruch steht, weil bei der Holschuld das „wörtliche Angebot" nicht „genügt", sondern überhaupt das einzig mögliche Angebot ist, daß also der Nachsatz im ganzen verkehrt und zwecklos ist, darüber vgl. das Nähere bei Rosenberg a. a. O. S. 154 ff.

[8]) §§ 281 u. 304 sprechen ebenso unkorrekt von einem „geschuldeten Gegenstand". Will man mit Lotmar a. a. O. Bd. 2 S. 182 in den Fällen, in denen die geschuldete Leistung in Arbeit besteht, diese als den „Gegenstand der Leistung" gelten lassen, so erweist sich für diese Fälle der Ausdruck „geschuldeter Gegenstand" als in gewisser Weise zutreffend, da, wie im Text (S. 15 ff.) noch näher zu zeigen ist, bei Dienstleistungen Leistung und Dienste als Gegenstand der Leistung begrifflich zusammenfallen, also auch — mit dem entsprechenden Vorbehalt — geradezu von einer „Leistung der Dienste" und von diesem Gegenstand der Leistung als „geschuldetem Gegenstande" gesprochen werden kann. Das gilt von der Verwendung dieses Ausdruckes sowohl in § 281 wie in § 304, da, wie mit Lotmar a. a. O. Bd. 2 S. 303 gleichfalls anzunehmen ist, auch § 304 auf „Arbeitsverträge" Anwendung findet, bei denen „als geschuldeter Gegenstand (der Leistung) auch die Arbeitskraft des Schuldners zu gelten hat, die an seine Person gebunden ist". Ist jedoch, wie in den für uns hier allein in Betracht kommenden Fällen des Kauf- und Werkvertrages, der „Gegenstand der Leistung" eine Sache, so wird diese weder „geleistet" noch „geschuldet" und kann also auch nicht irgendwie als „geschuldeter Gegenstand" bezeichnet werden, wie weiter unten im Text (S. 15 ff.) noch näher ausgeführt werden soll; and. M. Schollmeyer, Komm. zum Recht der Schuldverhältnisse 1. Hälfte, München 1909, S. 112 f. Anm. 2c zu § 281.

[9]) vgl. Mugdan a. a. O. S. 540.

[10]) Im „vorläufig veröffentlichten Teilentwurf" E. II a § 254, 2; vgl. Hölder, Komm. z. allgem. Teil des BGB., München 1900, S. 12 f.

mag in der Absicht begründet sein, jeden Zweifel darüber auszuschließen, daß auch die Gattungsobligation der zur Begründung jedes Schuldverhältnisses erforderlichen Bestimmtheit oder richtiger Bestimmbarkeit des Gegenstands nicht ermangelt, und insbesondere daß die Gattungsobligation keine bedingte Obligation ist, da „die Bestimmung der zur Erfüllung dienenden Leistung Inhalt des Schuldverhältnisses selbst und der Leistung",[11]) ein Teil oder Bestandteil der Leistung ist. — Die gleiche Abänderung hat die Redaktionskommission an der ebenfalls von der 2. Kommission[12]) selbst insoweit beibehaltenen Fassung des dem § 243 BGB. entsprechenden § 213 des 1. Entw. vorgenommen. Auch dort stand: „Ist die den Gegenstand der Leistung bildende Sache...", während es in § 243, 1 BGB. heißt: „Wer eine nur der Gattung nach bestimmte Sache schuldet..."

Die insoweit also unrichtige oder unkorrekte Fassung des § 300, 2 ist auch noch insofern für unsere Untersuchung von Interesse, als hier das Gesetz selbst von „Annahme" einer Sache spricht: „Wird eine nur der Gattung nach bestimmte Sache geschuldet, so geht die Gefahr mit dem Zeitpunkt auf den Gläubiger über, in welchem er dadurch in Verzug kommt, daß er die angebotene Sache nicht annimmt. Hier liegt am Ende des Absatzes dieselbe Ungenauigkeit der Fassung[13]) vor wie am Anfang: so wenig eine „Sache geschuldet", so wenig kann sie — im Sinne des Gesetzes — „angenommen" werden. Der technische Sprachgebrauch des Gesetzes steht hier eben in gewissem Gegensatze zum Sprachgebrauche des täglichen Lebens und zum Wortsinn: Das Gesetz[14]) verwendet den Ausdruck

[11]) Rehbein, Das BGB. mit Erläuterungen Bd. 2: Recht der Schuldverhältnisse, allgem. Bestimmungen, Berlin 1903, S. 27.

[12]) vgl. Mugdan a. a. O. S. 505.

[13]) Es heißt übrigens auch hier nicht einfach „Sache", sondern wörtlich: „..., daß er die angebotene Sache nicht annimmt". „Auf die angebotene Sache" aber „konzentriert sich" — allerdings in einem anderen als in dem alsbald im Text zu erörternden Sinne — „das Schuldverhältnis: der Schuldner nimmt, indem er die zur Erfüllung bestimmte Sache dem Gläubiger anbietet, die ihm zum Zwecke der Leistung obliegende Handlung vor" (Mugdan a. a. O. S. 540).

[14]) BGB. II. Buch und HGB. III. Buch 2. Abschn.; daß das HGB. noch im IV. Buche und außerdem die EVO. (§ 46, Überschrift: An- und Abnahme)

„Annahme“ regelmäßig in dem übertragenen Sinne, in dem, wie oben S. 2 bemerkt, von einer „Annahme der Leistung“ überhaupt nur gesprochen werden kann, und es ist daher eine Inkonsequenz des eigenen technischen Sprachgebrauches, wenn das Gesetz im § 300, 2 a. E. von einer „Annahme der Sache“ spricht. Was gerade an dieser Stelle dazu geführt hat, ist indes unschwer zu erkennen. Das Ausscheiden aus der Gattung gehört, wie wir oben S. 4 f. sahen, zum Inhalt der Leistung selbst: das Ausscheiden ist ein Teil des Leistens, und dieser Leistungsteil ist in die, wie § 257, 2 des 1. Entw. a. E. sagte, „ausgewählte und angebotene Sache“ [15]) gewissermaßen übergegangen, hat sich darin sozusagen verkörpert. Die ausgeschiedene Sache wird so aus einem bloßen Gegenstand gleichsam zu einem Teil der Leistung selbst und ist jedenfalls vom Gesichtspunkt der Leistung aus gesehen etwas anderes als eine von Beginn des Schuldverhältnisses an für die Leistung nur als Spezies vorhandene und in Betracht kommende Sache. Und nicht etwa besteht zwischen Spezies- und Gattungsschuld einfach das Verhältnis, daß bei dieser zu Beginn des Schuldverhältnisses nur etwas — die Spezialisierung — fehlte, um das gleiche wie die Speziesschuld zu sein, und daß also, wenn das Fehlende nachgeholt, die Spezialisierung erfolgt ist, die bisherige Gattungsschuld nichts anderes mehr als eine von Anfang an als solche bestehende Speziesschuld wäre. Sondern was der Gattungsschuldner schließlich anbietet, ist in Ansehung der Leistungspflicht ein Plus gegenüber der Spezies, die der Speziesschuldner anbietet. Was immer der Speziesschuldner vor dem Angebot der Spezies tun mag, alle seine „Vorbereitungshandlungen“, die notwendig sein mögen, um „die Leistung herbeizuführen“,[16]) haben mit der Leistung selbst und als solcher nichts zu tun, bleiben außerhalb davon, eben als bloße Vorbereitungshandlungen, die sein oder auch nicht sein können, wenn der Schuldner nur die Leistung bewirkt.

---

sowie das Binnenschiffahrtsgesetz von „Annahme“ und „Abnahme“ sprechen (vgl. K. Lehmann a. a. O. S. 491 ff.), kann für die Zwecke unserer Untersuchung gänzlich außer Betrachtung bleiben.

[15]) vgl. Anm. 13.

[16]) vgl. Kohler, Lehrb. Bd. 2 S. 44.

Die Spezialisierung jedoch, oder richtiger, das Ausscheiden durch den Gattungsschuldner, fällt nicht unter den Begriff der in Ansehung des Gläubigerschuldverhältnisses völlig irrelevanten Vorbereitungshandlungen, sondern geht bereits in dem engeren Rahmen der Leistung vor sich, gehört aber andererseits auch insofern mit zur Leistung, als dieses Ausscheiden vollständig und als solches geschehen sein muß und nichts mehr daran fehlen darf, wenn die „Annahme der Leistung“ und vollends die Abnahmepflicht in Frage kommen soll. M. a. W., das Ausscheiden ist ein von der bloßen Vorbereitungshandlung grundverschiedener, ein rechtserheblicher Vorgang. Gegenstand der Leistung ist, wenn auch nicht die Gattung als solche, so doch die von vornherein bloß bestimmbare und schließlich erst nach der Ausscheidung bestimmte Sache. Es verhält sich also mit der Gattungsschuld etwa so, wie wenn ein Gegenstand der Leistung im weiteren, d. h. im gewöhnlichen Sinne auf dem Wege über die Ausscheidung zu einem Gegenstand der Leistung im engeren Sinne würde, und um diesem ganzen eigengearteten Verhältnis gerecht zu werden, läßt es sich nicht wohl vermeiden, daß das Gesetz in diesem besonderen Falle von seinem technischen Sprachgebrauch insoweit abweicht und von der „Annahme einer Sache“ als eines Gegenstands der Leistung in jenem engeren Sinne, d. h. unmittelbaren Trägers eines Teiles der Leistung, spricht.

Erscheint somit die Abweichung des Gesetzes von seinem technischen Sprachgebrauch in § 300, 2 immerhin innerlich begründet, so gilt das in erhöhtem Maße von der Sonderbestimmung für den Kauf in § 464, wo es heißt: „Nimmt der Käufer eine mangelhafte Sache an ...“, nicht ab! — Hier — das Nähere gehört in den § 9 über die Abnahmepflicht des Käufers — handelt es sich nicht um die Sache als solche, sondern in ihrer Eigenschaft als Gegenstand der Leistung in jenem engeren Sinne, in dem wir oben schon davon sprachen, d. h. in ihren Eigenschaften, wie sie sie nach dem Inhalt der vorliegenden Leistungsverpflichtung haben sollte. Hier wäre also nicht nur selbstverständlich „ab-“ statt „annehmen“ falsch, sondern es läßt sich noch viel weniger als im Falle des § 300, 2 die „Annahme der Sache“ vermeiden, ja diese Ausnahme ist sogar die deutlichste Be-

stätigung der Regel des fraglichen gesetzestechnischen Sprachgebrauchs.

Abgesehen von den erwähnten Paragraphen ist im Rahmen der hierher gehörenden Gesetzesbestimmungen nur noch einmal bezüglich Sachschulden eine ähnliche Inkonsequenz des technischen Sprachgebrauches festzustellen, und zwar in § 373, 1 HGB.: „Ist der Käufer mit der Annahme der Ware im Verzuge . . .“ Der Passus ist — nur allzu wörtlich — der entsprechenden Wendung im Art. 343, 2 ADHGB. nachgebildet: „Ist der Käufer mit der Empfangnahme der Ware im Verzuge . . .“ Die Frage, ob die „Empfangnahme“ im Sinne der Art. 343, 346 ADHGB. als eine Schuldnerpflicht des Käufers zu verstehen sei, war bekanntlich bestritten. Das Reichsgericht[17]) verneinte die Frage, während Staub[18]) sie aufs entschiedenste bejahte. Nachdem nun aber das neue Recht eine scharfe Scheidung zwischen der Annahme als „Gläubigerrecht“ und der Abnahme als Schuldnerpflicht getroffen hat und es hiernach gar nicht zweifelhaft sein kann, daß § 373 HGB. nur auf die Annahme als das „Gläubigerrecht“ des Käufers abzielt, so hätte es doppelt nahegelegen, der veränderten Gesetzeslage nicht nur dadurch Rechnung zu tragen, daß rein äußerlich die „Empfangnahme“ des Art. 343 ADHGB. durch die „Annahme“ des § 373, 1 HGB. ersetzt wurde, sondern auch dadurch, daß man den Zusatz „der Ware“ aus Art. 343, 2 ADHGB. nicht in § 373, 1 HGB. mit hinüber nahm. Hier ist der Zusatz zum mindesten überflüssig, und es würde hier richtiger ebenso wie in § 374 a. E. stehen: „Ist der Käufer im Verzuge der Annahme . . .“, zumal beide Paragraphen sich auf genau den gleichen Fall beziehen und die Voraussetzungen des „Verzuges mit der Annahme der Ware“ des § 373, 1 HGB. sich in nichts von denen des „Verzuges der Annahme“ schlechthin gemäß § 374 unterscheiden. Wer aus der Verwendung des Wortes „Annahme“ in § 373, 1 HGB. nicht ohne weiteres den allein richtigen Schluß ziehen mag, den kann der Zusatz „der Ware“ im Vordersatz von § 373, 1 immerhin dazu verleiten, die „Annahme

[17]) RGE. Bd. 5 S. 393, Bd. 14 S. 247, Bd. 26 S. 216, Bd. 30 S. 118.

[18]) vgl. Staub, Komm. z. ADHGB. 5. Aufl., Berlin 1897, S. 874 f.

der Ware“ mit der „Abnahme der Ware“ — denn die Ware kann als solche doch nur „abgenommen“ werden — in dieser oder jener Beziehung gleichzustellen, und vielleicht ist es hierauf zurückzuführen, daß noch im Jahre 1905 das Reichsgericht[19]) über einen Schadensersatzanspruch zu entscheiden hatte, der auf Grund eines Verzuges mit der Annahme der Ware aus § 373 HGB. geltend gemacht worden war.

Die Fassung des Art. 343, 2 ADHGB. war auch insofern durchaus korrekt, als sie eine direkte Konsequenz aus Art. 346, 1 war, der mit den Worten begann: „Der Käufer ist verpflichtet, die Ware zu empfangen ...“ Das Allgem. deutsche Handelsgesetzbuch kannte eben in bezug auf das Verhältnis des Käufers zu der Leistung des Verkäufers einerseits und zu dem Gegenstand dieser Leistung andererseits nichts anderes als „Empfangnahme“.[20]) Der Ausdruck „Abnahme“ kam allerdings einmal in Art. 351 a. E. vor, wo gesagt ist, daß, wie der Verkäufer die Kosten der Übergabe, so „der Käufer die Kosten der Abnahme trage“; hier ist jedoch „Abnahme“ teils in dem jedenfalls nicht

---

[19]) Urteil d. RG. II v. 22. 9. 1905 in RGE. Bd. 61 S. 279 und insbesondere JurW. 1905 S. 640 Nr. 8 Ziff. 1.

[20]) Hackert, Die Begriffe „Ablieferung“, „Abnahme“, „Annahme“ und „Empfangnahme“, Inaug.-Diss. (Rostock), Bochum 1903, S. 68, bezeichnet die „Empfangnahme“ treffend als „Kollektivbegriff“; wenn er indes meint, daß „Empfangnahme in Art. 343 gleich ‚Annahme‘ und in Art. 346 gleich ‚Abnahme‘ aufzufassen“ sei, so ist ihm darin, wie die weitere Darstellung im Texte ergibt, nicht beizupflichten: „Empfangnahme“ ist nicht einfach eine gemeinsame Bezeichnung für „Annahme“ und „Abnahme“ im Sinne des BGB., sondern ein dem ADHGB. ganz eigener Begriff, der sich weder mit der „Annahme“ des BGB. einerseits noch mit der „Abnahme“ andererseits unmittelbar vergleichen läßt, also auch ein „Kollektivbegriff“ nur insofern, als er die verschiedenen, in „Annahme“ und „Abnahme“ enthaltenen, bezw. getrennt gehaltenen Begriffselemente in sich vereinigt, jedoch ohne daß sie sich nach den für die Unterscheidung zwischen „An“- und „Abnahme“ maßgebenden Gesichtspunkten im Sinne des ADHGB — Hackert S. 64 bemerkt selbst richtig, daß „eine einheitliche Auffassung des Begriffes ‚Empfangnahme‘ auch unter den Redaktoren des ADHGB. nicht geherrscht“ habe — in „Annahme“ hier (§ 343) und „Abnahme“ dort (§ 346) trennen ließen; diese sind nicht gegenüber der „Empfangnahme“ „die genaueren technischen Begriffe“, wie Hackert meint, sondern andere eben nach dem Sprachgebrauche des BGB.

gesetzestechnischen Sinne des handelstechnischen Sprachgebrauchs — der kaufmännischen „Abnahme“ [21]) — zu verstehen, teils als juristisch unerhebliche Sammelbezeichnung für alles dasjenige, was außer der, allein dem Verkäufer auch hinsichtlich der Kosten zur Last fallenden „Übergabe“ im Verlaufe des Überganges der Ware vom Verkäufer auf den Käufer zu geschehen hat.[22]) Die Verwendung des Ausdruckes „Abnahme“ kann also trotz der teilweisen Übereinstimmung des Art. 351 ADHGB. mit § 448 HGB., hier wo es sich um die Annahme-Abnahmefrage auf Grund der durch das neue Recht geschaffenen Sachlage handelt, nicht in Betracht kommen, zumal das Allgem. deutsche Handelsgesetzbuch in den maßgebenden Titeln I u. II des IV. Buches keinerlei Bestimmung über die Annahme der Leistung oder über den Gläubigerverzug mit dieser Annahme auch nicht einmal den Ausdruck „Annahme“ im Sinne der Leistungsannahme enthielt.[23]) Die „Empfangnahme“ des Allgem. deutschen Handelsgesetzbuchs müßte also, wenn die Annahme-Abnahmefrage überhaupt als innerhalb des Rahmens dieser Kodifikation existent zu gelten gehabt hätte, beides: Annahme und Abnahme haben bedeuten können, was aber wohl angesichts des Art. 346: „Der Käufer ist verpflichtet, die Ware zu empfangen . . .“, und nach dem Zusammenhange zwischen den Abs. 1 u. 2 des Art. 343 ausgeschlossen ist: im Abs. 1 war gesagt, daß der Verkäufer zur Aufbewahrung der Ware verpflichtet sei, „solange der Käufer mit der Empfangnahme nicht im Verzuge“ war, während der Abs. 2 im unmittelbaren Anschlusse daran einfach bestimmte, was der Verkäufer im umgekehrten Falle tun dürfe, falls nämlich „der Käufer mit der Empfangnahme der Ware im Verzuge“ wäre; die „Empfangnahme“ würde hiernach im Sinne des Allgem. deutschen Handelsgesetzbuchs wesentlich unter dem Gesichtspunkt, daß durch sie der Verkäufer von der Aufbewahrung der

---

[21]) vgl. Förtsch a. a. O.

[22]) vgl. Staub, Komm. 5. Aufl. S. 912 § 2b.

[23]) Rehbein a. a. O. S. 136 sagt mit Recht, daß das HGB. „den Begriff der mora creditoris wie den der mora debitoris voraussetzt“; dasselbe mußte auch vom ADHGB. gelten.

Sache befreit wird,[24]) zu betrachten sein, nicht aber unter dem Gesichtspunkte, daß durch sie der Verkäufer-Schuldner von der Leistung als solcher befreit würde. Die „Empfangnahme" des Art. 343,2 hat es also lediglich mit der Ware, nicht jedoch mit der Leistung als solcher zu tun; ob sich dasselbe aber auch von der „Empfangnahme" des Art. 346 sagen läßt, kann zweifelhaft erscheinen, denn hier ist die „Empfangnahme" nicht wie in Art. 343 Abs. 1. u. 2 mit der bloßen Aufbewahrungspflicht des Verkäufers, sondern mit der Beschaffenheit der Ware als Gegenstand der Leistung als solcher, also mit der eigentlichen Leistungspflicht des Verkäufers und deren Inhalt[25]) — ähnlich wie nunmehr die „Annahme" in § 364 BGB. — in unmittelbare Beziehung gebracht, so daß hier wieder die „Empfangnahme" im Sinne der heute sogen. Annahme, das ist Annahme der Leistung, ausgedeutet werden könnte. Wenn das Reichsgericht[26]) die Anschauung vertrat, daß der „Art. 346 ADHGB. nicht die Bedeutung habe, ein Klagerecht auf Abnahme oder Empfangnahme der Ware einzuführen",[27]) so geschah dies ja auch vornehmlich aus der Erwägung heraus, daß die Annahme der Leistung grundsätzlich ein Recht und keine Pflicht des Gläubigers sei: „Ob der Gläubiger eine ihm angebotene Leistung annehmen will, hängt von ihm ab; die Annahme ist sein Recht, aber keine Pflicht ... Dieser gemeinrechtliche Grundsatz wird auch durch die Bestimmung im Art. 346 ADHGB. nicht in Frage gestellt".[28]) Das Reichsgericht betrachtete also die „Empfangnahme" nach Art. 346 ADHGB. aus dem Gesichtspunkte der Annahme-Abnahmefrage, wenn es auch praktisch zu dem Ergebnisse kam, daß „das Handelsgesetzbuch über ... diese ... Frage keine Bestimmungen enthielte".[29]) Ebenso stellte Staub[30]) bei seiner Interpretation des Art. 346 auf die Annahme-Abnahmefrage ab, gelangte jedoch

---

[24]) vgl. RGE. Bd. 43 S. 46.
[25]) vgl. oben S. 6.
[26]) vgl. die oben in Anm. 17 aufgeführten Entscheidungen.
[27]) RGE. Bd. 26 S. 215 f.; vgl. Bd. 5 S. 393.
[28]) RGE. Bd. 14 S. 247.
[29]) RGE. Bd. 26 S. 216.
[30]) Staub, Komm. 5. Aufl. S. 874 f.

dabei zum entgegengesetzten Resultat: er las aus Art. 346 eine „Empfangnahmepflicht", und zwar im Sinne einer ausnahmsweise statuierten Leistungsannahmepflicht heraus, etwa wie das Reichsgericht[31]) seinerseits die „Übernahmepflicht" gemäß ALR. I, 11 § 215 als eine Durchbrechung des sonst von ihm anerkannten[32]) „gemeinrechtlichen Grundsatzes" kraft positiver Gesetzesvorschrift urteilte. Der Unterschied zwischen Staub und dem Reichsgericht in dieser Frage ist eben insoweit kein prinzipieller, sondern ein bloß gradueller und besteht eben lediglich darin, daß das Reichsgericht entschiedener an dem „gemeinrechtlichen Grundsatze" festhielt und diesen nicht schon gegenüber einer so wenig klaren Gesetzeslage, wie sie die Bestimmungen des Allgem. deutschen Handelsgesetzbuchs ergaben, sondern erst durch die weit schlüssigeren Bestimmungen des allgem. Landrecht durchbrochen sein ließ. Man wird indes, zumal wenn man die Art. 343 u. 346 gegeneinander hält, zu einem non liquet gelangen müssen: Das Allgem. deutsche Handelsgesetzbuch hat in der Tat zu unserer Frage keine Stellung genommen, es läßt sie offen, und seine „Empfangnahme" ist als ein Begriff für sich zu betrachten, der sich weder mit der Annahme noch mit der „Abnahme" im heutigen Sinne deckt. Deshalb hätte aber auch nicht

---

[31]) RGE. Bd. 26 S. 216.

[32]) Das RG. hat, wie Staub a. a. O. S. 874 richtig bemerkt, „nach gemeinem Rechte das Klagerecht auf Abnahme regelmäßig versagt", jedoch in den Entsch. Bd. 5 S. 393 und Bd. 30 S. 118 „beim Vorhandensein eines besonderen Abnahmeinteresses gewährt" (Staub); den „gemeinrechtlichen Grundsatz", daß „die Annahme das Recht, nicht die Pflicht des Gläubigers sei, zu deren Erfüllung er im Wege der Klage angehalten werden könnte", hat das RG. am schärfsten in der Entsch. Bd. 14 S. 247 betont, und hier hat es die Frage, ob „das Klagerecht auf die Empfangnahme dann gegeben sei, wenn der Verkäufer ein besonderes Interesse an der Empfangnahme hat" (RGE. Bd. 30 S. 118), gar nicht aufgeworfen. Deshalb kann man auch die Entsch. Bd. 14 S. 247 nicht als unbedingt im Widerspruch mit den Entsch. Bd. 5 S. 393 und Bd. 30 S. 118 stehend bezeichnen. Die Entsch. Bd. 26 S. 216, die aus ALR. I, 11 § 215 im Sinne der „Übernahmepflicht" erfolgte, läßt es ausdrücklich dahingestellt, ob der Entsch. Bd. 14 S. 247 beizutreten wäre. Im übrigen entschied das RG. die einzelnen Fälle nach dem jeweiligen Landesrecht, weil nach seiner Auffassung „das ADHGB. über die vorliegende Frage keine Bestimmungen enthielt" (Bd. 26 S. 216).

einfach der Vordersatz des Art. 343,2 ADHGB. zum Vordersatz des sonst in seinen praktischen Konsequenzen entsprechenden § 373 HGB. gemacht werden dürfen unter bloßer Umänderung des Wortes „Empfangnahme“ in „Annahme“; denn diese ist heute ein ganz feststehender technischer Ausdruck des neuen Rechts und schon dadurch von der „Empfangnahme“ des Allgem. deutschen Handelsgesetzbuchs unterschieden: „Empfangnahme der Ware“ mag in Art. 343,2 ADHGB. richtig gewesen sein, — „Annahme der Ware“ in § 373,1 HGB. aber ist falsch; denn es kann im heutigen Sinne des Gesetzes nur noch eine „Annahme der Leistung“ und eine „Abnahme der Ware“ geben. Die „Empfangnahme der Ware“ des Art. 343,2 ADHGB. war weder diese noch jene, ebenso wie der „Empfangnahmeverzug“ des Art. 343,2 ADHGB. weder „Annahme“-, noch „Abnahme“-, noch auch „Gläubiger“- oder „Schuldnerverzug“ im heutigen Sinne war. Hätte Art. 346 ADHGB. eine Empfangnahmepflicht als klagbare Leistungsverpflichtung[33]) festgesetzt, dann hätten auch dem Verkäufer (neben der Empfangnahmeklage) in Art. 342,2 ADHGB. nicht nur die bloß quantitativ erweiterten Rechtsbehelfe des Schuldners gegenüber dem in Verzug befindlichen Gläubiger gegeben werden dürfen, sondern dem Verkäufer hätten die Rechte des Gläubigers gegenüber dem in Verzug befindlichen Schuldner zustehen müssen (dieses natürlich nur nach unserer heutigen, auf dem Bürgerlichen Gesetzbuch beruhenden Verzugslehre, wobei die Frage nach der Anwendbarkeit des § 326 auf den Abnahmeverzug außer Betrachtung bleiben kann), wie sie Art. 354 ADHGB. dem Verkäufer gegenüber dem mit der Zahlung des Kaufpreises im Verzuge befindlichen Käufer wahlweise neben den Rechten aus Art. 333, oder wie sie Art. 355 umgekehrt dem Käufer gegenüber dem Verkäufer einräumte, der mit der Übergabe der Ware im Verzuge war. Staub half sich hier in der Weise, daß er, nachdem er dem Verkäufer eine Klage auf Empfangnahme auf Grund des Art. 346 eingeräumt hatte, fortfuhr: „Dazu (d. h. zu dem das Klagerecht verleihenden Art. 346) kommt noch Art. 343,

---

[33]) vgl. Staub, Komm. 5. Aufl. S. 873: „... es handelt sich um die Erfüllung einer Leistung“.

der die Rechtsfolgen des Verzuges in der Erfüllung der Empfangnahmepflicht regelt";[34]) — also Rechtsfolgen eines „Erfüllungsverzuges" (Leistungsverzug?), die sich mit den Rechtsfolgen des Gläubigerverzuges im Wesen (qualitativ) völlig decken! — Staub scheidet somit zwischen einem Recht des Gläubigers (Verkäufers) zur Klage und besonderen Rechtsfolgen des Verzuges des Schuldners — eine Scheidung, die sich mit dem Standpunkte wenigstens des neuen Rechts grundsätzlich in keiner Weise vereinbaren läßt. Nach heutigem Rechte kann nur klagen (auf die Leistung, die Empfangnahme, wie es hier von Staub gemeint ist), wer auch die Rechte aus dem Schuldnerverzug geltend machen kann, und wer so klagen kann, der kann auch ohne weiteres diese Rechte (daneben u. a. auch noch die Rechte des Schuldners gegenüber dem in Gläubigerverzug befindlichen Gläubiger) geltend machen. Demgegenüber ist zu betonen, daß „Art. 346 ADHGB. über die Folgen der Nichtannahme der vertragsmäßig beschaffenen Ware keine Bestimmung"[35]) getroffen hatte. Bei alledem drängt die Staubsche Konstruktion auch noch zu der Frage, ob denn nun der Empfangnahmeverzug nach Art. 343,2 ADHGB. schuldhafte Verletzung der Empfangnahmepflicht voraussetzte oder bei Nichtempfangnahme ohne weiteres eintrat, wie der Gläubigerverzug des Bürgerlichen Gesetzbuchs bei Nichtannahme der Leistung, — eine Frage, auf die das Allgem. deutsche Handelsgesetzbuch nirgends eine Antwort gibt und doch bei einer so singulären Regelung der ganzen Materie, wie sie Staub im Allgem. deutschen Handelsgesetzbuch zu finden glaubte, hätte geben müssen. Folgt man der Staubschen Auslegung, so kann man nicht, wie es hier geschehen,[36]) annehmen, daß das allgem. deutsche Handelsgesetzbuch genau so wie das Handelsgesetzbuch „den Begriff der mora creditoris wie den der mora debitoris, d. h. auch deren klare Scheidung, voraussetzt". Die Staubsche Auffassung wurzelt eben in jener Vermengung der beiden mora-Begriffe, die dann späterhin in logischer

---

[34]) Staub a. a. O. S. 875.
[35]) RGE. Bd. 26 S. 214; vgl. Bd. 14 S. 247.
[36]) vgl. oben S. 9 und Anm. 23.

Folge zu dem Satze führen mußte: „Abnahmeverzug ist schuldhafter Annahmeverzug“.[37])

Das Ergebnis der vorstehenden Ausführungen läßt sich dahin zusammenfassen, daß der Ausdruck „Annahme der Ware“ in das Rechtssystem, dem das neue Handelsgesetzbuch angehört, nicht hineinpaßt und in das neue Handelsgesetzbuch nur hineingekommen ist durch eine allzu wortgetreue Reproduktion[38]) der entsprechenden Bestimmungen des Allgem. deutschen Handelsgesetzbuchs, das seinerseits, wie wir sahen, wenigstens in den hier in Betracht kommenden Punkten, einem ganz eigenen System — wofern überhaupt die unzulängliche Regelung unserer Materie durch das Allgem. deutsche Handelsgesetzbuch diese Bezeichnung verdient — folgte und dementsprechend auch einen eigenen Begriff der „Empfangnahme“ hatte, der einen Vergleich mit dem heutigen Annahmebegriff nicht zuläßt.

Abgesehen von den bisher erörterten Fällen abwegiger Ausdrucksweise halten sich das Bürgerliche Gesetzbuch im II. Buche und das Handelsgesetzbuch im 2. Abschn. des III. Buches durchweg an ihren technischen Sprachgebrauch und verwenden den ausgesprochen gesetzestechnischen Ausdruck „Annahme“ im Sinne der reinen Leistungsannahme entweder als „Annahme“ schlechthin oder mit dem ausdrücklichen Zusatz „der Leistung“. Nur einmal noch — im § 615 — spricht das Bürgerliche Gesetzbuch statt von „Annahme der Leistung“ von einer Annahme des Leistungsgegenstandes. Da es sich aber dabei jedenfalls nicht um ein „Sachschuldverhältnis“ handelt, so könnte dieser Fall hier füglich unbeachtet bleiben; mit Rücksicht darauf jedoch, daß unsere Untersuchung sich nicht nur auf den Kaufvertrag, sondern auch auf den ein eigenartiges Gemisch von „Sach-“ und „Dienstschuldverhältnis“[39]) darstellenden Werkvertrag er-

[37]) Der Satz findet sich in der 5. Aufl. von Staubs Komm. noch nicht und in der 8. Aufl. nicht mehr, sondern ausschließlich in der 6./7. Aufl. Anm. 2 zu § 375 S. 1312.

[38]) Der ganze 1. und 2. Abs. des § 373 HGB. stimmt nahezu wörtlich mit dem Abs. 2 des Art. 343 ADHGB. überein.

[39]) Die nicht ganz korrekten Ausdrücke „Sach“- und „Dienstschuldverhältnis“ sind hier nur der Kürze halber gebraucht; die Richtigstellung ergibt sich aus der weiteren Entwicklung im Text.

streckt, kann auch der Fall des § 615 erhebliches Interesse beanspruchen.

§ 615 beginnt: „Ist der Dienstberechtigte mit der Annahme der Dienste im Verzuge . . .“ Selbstverständlich liegt hier keine Verwechslung zwischen „Annahme“ und „Abnahme“ vor; denn „Dienste“ können nicht abgenommen werden. Aber sie können nach dem strengen gesetzestechnischen Sprachgebrauch auch nicht angenommen werden; denn sie sind so wenig die Leistung, wie es die Sache bei „Sachschulden“ ist, sondern sie sind, wie die Sache, der Gegenstand[40]) der Leistung: ein grundsätzlicher Unterschied besteht hier nicht. Dafür jedoch ein um so deutlicherer äußerer Unterschied, der so weit geht, daß man versucht sein könnte, zu sagen, die Dienste seien „Gegenstand und Inhalt der Leistung“ zugleich, was bei reinen „Sachschulden“ bezüglich der den Gegenstand der Leistung bildenden Sache ausgeschlossen erscheint, denn es leuchtet ohne weiteres ein, daß die „Sache“ nicht die Leistung ist.

Damit ist indes der Unterschied zwischen der „Sache“ (bei „Sachschulden“) und den „Diensten“ (bei „Dienstschulden“) als „Gegenstand der Leistung“ noch nicht völlig klargestellt; denn die „Dienste“ sind doch noch in einem etwas anderen Sinne „Gegenstand der Leistung“ als die „Sache“, und der Unterschied ist nicht bloß ein äußerlicher. Die bereits wiederholt gestreifte[41]) Frage nach dem „Gegenstand der Leistung“ und nach dessen Verhältnis zur Leistung selbst ist aber für uns hier um so wesentlicher, als sich ja die Annahme nur auf die Leistung, dagegen die Abnahme nur auf den Gegenstand der Leistung (dessen Abnahmefähigkeit vorausgesetzt) erstrecken kann.

Der „Gegenstand der Leistung“ ist zunächst zu unterscheiden vom „Gegenstand des Schuldverhältnisses“. 1. Entw. und Motive unterschieden zwischen einem „Gegenstand der Schuldverhältnisse“ einerseits und einem „Inhalt der

---

[40]) vgl. Lotmar a. a. O. Bd. 2 S. 182; Schollmeyer a. a. O. (Komm.) S. 112f. Anm. 2c zu § 281; vgl. auch oben Anm. 8.

[41]) vgl. oben S. 2f. und Anm. 8.

Schuldverhältnisse“ andererseits[42]): der „Gegenstand des Schuldverhältnisses“ ist nach den Motiven[43]) „die vom Schuldner zu bewirkende Leistung und nur diese Leistung“. Gegenstand dieses „Gegenstandes des Schuldverhältnisses“, also „Gegenstand der Leistung“ ist stets und zunächst das „Tun oder Unterlassen“, welches § 206 des 1. Entw. als „Gegenstand des Schuldverhältnisses (Leistung)“ bezeichnete. Jede Leistung muß etwas „zum Gegenstande haben“, und dieses Etwas ist das Tun (oder Unterlassen),[44]) das allen Schuldverhältnissen als der notwendige „Gegenstand der Leistung“ gemeinsam ist. Insofern würden also alle Leistungen, gleichviel welcher Art, als „Gegenstandsleistungen“ zu bezeichnen sein, und man kann andererseits wohl sagen, daß in jedem Schuldverhältnis gleichsam ein „Dienstschuldverhältnis“ implizite enthalten sei. Bei den reinen Dienst- oder Arbeitsschuldverhältnissen,[45]) bei denen nichts weiter als ein bestimmtes Tätigsein (oder Untätigsein) versprochen wird und in Betracht kommt, bleibt es bei diesem eigentlichen „Gegenstand der Leistung“. Bei allen anderen Schuldverhältnissen aber kann man noch von einem uneigentlichen „Gegenstand der Leistung“, oder von einem „Gegenstand des (eigentlichen) Gegenstandes der Leistung“, oder auch, wenn wir

---

[42]) Der 1. Entw. behandelte im Abschn. 1 des II. Buches die „Schuldverhältnisse im allgemeinen“, und zwar im 1. Titel den „Gegenstand der Schuldverhältnisse“ und im 2. Titel den „Inhalt der Schuldverhältnisse“, dessen 1. Unterabteilung von der „Verpflichtung zur Leistung“ handelte. Im BGB. ist der „Gegenstand der Schuldverhältnisse“ als besondere Abteilung weggefallen, und was im 1. Entw. 2. Titel des Abschn. 1 war — der „Inhalt der Schuldverhältnisse“ —, ist Abschn. 1 geworden, dessen 1. Titel die „Verpflichtung zur Leistung“ ist und die Bestimmungen des 1. Entw. über den „Gegenstand der Schuldverhältnisse“ mitenthält.

[43]) Mugdan a. a. O. S. 3: „Das obligatorische Recht des Gläubigers ergreift nicht darüber (über die Leistung) hinaus auch oder schon den speziellen Gegenstand (Sache oder Recht), der durch die Leistung ihm verschafft werden soll“; vgl. auch § 631, 2: „Gegenstand des Werkvertrages ...“

[44]) fr. 3 pr. de o. et. a. 44, 7 (Paul. 2 instit.): Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum.

[45]) Über den „Arbeitsvertrag“ als „Gattungsbegriff“ vgl. Lotmar a. a. O. S. 32ff.

zum Ausgangspunkt unseres Gedankenganges zurückkehren, von einem „Gegenstand des Gegenstandes des Gegenstandes des Schuldverhältnisses“ sprechen. Dieser aber läßt sich deshalb nur im uneigentlichen Sinne als „Gegenstand der Leistung“ bezeichnen, weil er, wie z. B. die Kaufsache, nicht selbst versprochen und geschuldet und somit auch nicht geleistet wird, sondern vielmehr nur das bestimmte Verfahren mit ihm. Darum ist es eben nicht richtig, wenn Schollmeyer[46]) sagt: „Der Verkäufer schuldet die auf Übergabe der Kaufsache und Verschaffung des Eigentums an ihr zu richtenden Handlungen, aber auch die Kaufsache selbst“, und diese Ausdrucksweise rechtfertigt sich auch nicht aus dem Grunde, weil es sich hier um die Auslegung des Ausdruckes des Gesetzes in § 281 „geschuldeter Gegenstand“ handelt, denn dieser ist ebenso unrichtig wie jene,[47]) deren sich Schollmeyer[48]) auch noch mit den Worten bedient: „Geschuldeter Gegenstand ist einmal die Leistung als Gegenstand des Schuldverhältnisses, ferner aber auch der Gegenstand der Leistung, d. h. derjenige Gegenstand, an oder mit welchem durch die geschuldeten Leistungen (Handlungen) eine Veränderung vorgenommen werden soll“. In dem uneigentlichen Sinne also, in dem sich diese Gegenstände als „Gegenstände der Leistung“ bezeichnen lassen, kann man auch von sogen. „Gegenstandsleistungen“[49]) und in weiterer Folge

---

[46]) a. a. O. S. 112/13.

[47]) vgl. Anm. 7 und insbesondere 8.

[48]) a. a. O. S. 112.

[49]) Kohler, Lehrb. Bd. 2 S. 5ff. macht noch die interessante Unterscheidung zwischen „Gegenstands“- und „Zustandsleistungen“: „Im Gegensatz zu den Gegenständen stehen die Zustände . . .; hier tritt der Werkvertrag in seiner eigentümlichen Stellung ein: . . . Er kann auch dahin gehen, daß der Unternehmer lediglich einen Zustand herbeiführen soll. Dieser Zustand kann mehr oder weniger mit den Gegenständen oder Sachen in Verbindung stehen — als „bloße Änderung, Verbesserung, Ausgestaltung gegenständlicher Dinge: in diesem Falle ist das Werk ein gegenständliches i. w. S.“ (im Gegensatz zur „Neuerzeugung“ bezw. zum „neugeschaffenen Werk“, das nach Kohler als „gegenständlich i. e. S.“ gilt), a. a. O. S. 363 —, er kann sich aber auch mehr oder weniger von diesen Gütern lösen: . . . Die Beförderungsverträge sind Verträge auf „Zustandsleistungen“, denn „schon dadurch entfernt sich der Zustandsbegriff

dann auch von „Sachleistungen“ zum Unterschiede von „Dienstleistungen“ sprechen, wobei aber immer nicht zu vergessen ist,

---

vom Sachbegriff, daß die Verpflichtung das Ziel haben kann, eine bewegliche Sache von einem Ort zum andern zu bringen“. Diese Unterscheidung zwischen „Gegenstands“- und „Zustandsleistungen“ hat an sich, so subtil sie auch erscheinen mag, doch einen gewissen Sinn und ist auch nicht ganz ohne praktische Bedeutung, wie im Text (§ 9) noch näher zu zeigen sein wird; grundsätzlich aber ist schon im vorliegenden Zusammenhange zu bemerken, daß doch wohl nur insofern zwischen „Gegenstands“- und „Zustandsleistungen“ sich unterscheiden läßt, als die „Zustandsleistung“ als eine Ab- oder Unterart der (übrigens ja auch nur sogen. — vgl. den Text —) „Gegenstandsleistung“ (nicht aber als dieser begrifflich koordiniert) aufzufassen ist. Doch scheint dies wiederum nicht ganz die Auffassung Kohlers zu sein, denn er schreibt (a. a. O. S. 365) von den „nichtgegenständlichen Leistungen“, daß „auch die Ortsveränderung in bezug auf eine bewegliche Sache eigentlich zu diesen gehöre, weil die gegenständliche Einwirkung hier an dem Gegenstande selbst nicht hervortrete: Beförderungsvertrag; doch — meint Kohler dann weiter — dieser Vertrag werde nach den Grundsätzen des gegenständlichen behandelt“, und dementsprechend auch S. 366/67: „Die Beförderungsleistungen in bezug auf Sachen stehen in dieser Beziehung (nämlich in bezug auf die Abnahme; denn Kohler meint, daß ‚zwischen gegenständlichen und nichtgegenständlichen Werken der große Unterschied bestehe, daß bei ersteren die Werkleistung in einer sogen. Abnahme ende, S. 36 oben)‘ den gegenständlichen Leistungen gleich; denn bei ihnen gibt es zwar keinen Leistungsgegenstand, aber eine geleistete (weil beförderte) Sache“. Noch deutlicher ergibt sich die Notwendigkeit der Subsumierung des Begriffes der „Zustandsleistung“ unter den der Gegenstandsleistung in den Fällen, wo die Leistung eine „bloße“ Änderung usw. „gegenständlicher Dinge“ zum Gegenstande hat, wo also Kohler das Werk als ein „gegenständliches i. w. S.“, immerhin also als ein „gegenständliches“ selbst bezeichnet. Daß man in gewissem und jedenfalls ganz anderem Sinne, als Kohler, als „Zustandsleistung“ im Gegensatz zur „Gegenstandsleistung“ die reinen „Dienst“- oder „Arbeitsleistungen“ bezeichnen könnte, sei nur nebenbei bemerkt; das Nähere würde hier zu weit führen. Kohler seinerseits stellt die „Dienst“- oder „Arbeitsleistungen“ als dritte neben die beiden anderen, nach seiner Auffassung koordinierten Gruppen von Leistungen: die „Gegenstands“- und „Zustandsleistungen“: „Endlich kann auch die Arbeit, der Dienst an sich schon ein Lebensgut darstellen, auch ohne Rücksicht auf ein dadurch zu erreichendes Ergebnis; denn schon das ist von Bedeutung, daß man gewisse Dienste in seiner Gewalt hat und einem damit die Möglichkeit der verschiedensten körperlichen oder unkörperlichen, gegenständlichen und nichtgegenständlichen Ergebnisse zur Verfügung steht. Das ist das Bereich

daß die sogen. „Gegenstands-“ bezw. „Sachleistungen“ einerseits und die „Dienstleistungen“ andererseits unter den gemeinsamen Oberbegriff der Gegenstandsleistung im eigentlichen Sinne fallen. Demgemäß war ja oben gesagt, daß die „Dienste“ so wenig die Leistung sind wie die „Sache“, und wäre nunmehr noch hinzuzufügen, daß die „Dienste“ ebensogut wie die „Sache“ „Gegenstand der Leistung“ nur im uneigentlichen Sinne sind. In dieser Gleichstellung der „Dienste“ und der „Sache“ insoweit (als „Gegenstand der Leistung“ im uneigentlichen Sinne bei „Dienst-“ sowohl wie „Sachleistungen“) kommt allein schon zum Ausdruck, daß die „Sache“ (bei „Sachleistungen“) — eben wie die „Dienste“ (bei „Dienstleistungen“) — an sich von der Leistung als solcher nicht völlig losgelöst ist, denn wie es bezüglich der „Dienste“ (bei „Dienstleistungen“) klar zutage liegt — daß nämlich die „Dienste“, wenn sie auch nicht die Leistung, gleichwohl von der Leistung selbst nicht zu scheiden sind — einfach deshalb, weil sie selbst rein nur Handlungen sind und es neben ihnen nichts gibt, was (im Gegensatz zu ihnen als dem „Gegenstand der Leistung“ im uneigentlichen Sinne) als „Gegenstand der Leistung“ im eigentlichen Sinne gelten könnte, also als das, was eigentlich versprochen — geschuldet — geleistet wird und dessen Gegenstand wiederum sie (die „Dienste“) ihrerseits bilden müßten (wie z. B. beim Kaufvertrage die Kaufsache der „Gegenstand“ der Handlungen bezw. des Verfahrens mit ihr ist, welches eigentlich versprochen — geschuldet — geleistet wird), so daß also die „Dienste“ sich nicht anders denn als „Gegenstand der Leistung“ sowohl im eigentlichen wie im un-

---

des Dienstverhältnisses“, a. a. O. S. 7, und ferner S. 5: „Die für das Recht in Betracht kommenden wirtschaftlichen Güter, welche zum Objekt von Schuldverhältnissen gemacht werden können, sind, abgesehen von der Persönlichkeit selbst, entweder Gegenstände, oder es sind Zustände, oder es ist die Arbeit, richtiger gesagt, es ist die fremde Persönlichkeit als Arbeitswesen“. Dieser Kohlerschen Dreiteilung — „Gegenstands“-, „Zustands“-, „Dienstleistungen“ — gegenüber halten wir im Texte an der Zweiteilung — „Gegenstands“- und „Dienstleistungen“ — fest unter entsprechender Berücksichtigung dessen, was Kohler in dem Begriff der „Zustandsleistung“ zum Ausdruck bringen will.

eigentlichen Sinne bezeichnen lassen dürften — so ist auch die „Sache“ (bei „Sachleistungen“) mit der Leistung als solcher in gewisser Weise verbunden: m. a. W. die „Sache“ (bei „Sachleistungen“) ist, wenn auch nur im uneigentlichen Sinne, so doch nicht ohne Grund als „Gegenstand der Leistung“ zu bezeichnen, und auch nur im uneigentlichen Sinne „Gegenstand der Leistung“ sein heißt nicht etwa mit der Leistung als solcher nichts zu tun haben. Das ist zunächst a priori aus der Parallelität der „Sache“ (bei „Sachleistungen“) und der „Dienste“ (bei „Dienstleistungen“) zu schließen, insofern eben auch die „Dienste“ „Gegenstand der Leistung“ im uneigentlichen Sinne sind.

Wie aber ist nun die Beziehung der „Sache“ (bei „Sachleistungen“) oder, um die Frage allgemeiner zu fassen, des „Gegenstandes“ (bei den bloß sogen. „Gegenstandsleistungen“) als des „Gegenstandes der Leistung“ im uneigentlichen Sinne zu der Leistung bezw. zu dem Handeln (oder Verfahren mit ihm) als dem „Gegenstand der Leistung“ im eigentlichen Sinne, d. h. als demjenigen, was versprochen — geschuldet — geleistet wird, zu denken? Geschuldet wird der Gegenstand nicht auch, wie die Handlungen, das Verfahren mit ihm geschuldet werden, die gegenteilige Behauptung Schollmeyers (vgl. oben S. 17) ist ebenso unrichtig wie die Ausdrucksweise des Gesetzes — „geschuldeter Gegenstand“ — in §§ 281, 304. Auch geleistet wird nicht der Gegenstand selbst, sondern eben die Handlungen: das Verhalten gegenüber dem Gegenstand in seiner tatsächlichen oder rechtlichen Situation und deren etwaige Veränderung bezw. das Verfahren mit dem Gegenstande. Und schließlich kann auch ein Gegenstand nicht einmal versprochen werden, sondern eben nur die Akte tatsächlicher oder rechtlicher Verfügung, womit wir allein in die Welt der Gegenstände hinüber- und einzugreifen vermögen.

Dennoch muß ein Gegenstand, wenn anders er „Gegenstand der Leistung“ auch nur im uneigentlichen Sinne sein soll, notwendig, und zwar insofern notwendig sein, als die geschuldeten Handlungen nicht ohne ihn bezw. nur an oder mit ihm geleistet werden könnten.

In praxi sieht sich ja die Sache ganz anders an, und zwar

gerade umgekehrt als wie hier in thesi: wer eine Sache z. B. kauft, denkt nur an diese, daß er sie bekomme; ihm ist die Kaufsache die Leistung. Für das Schuldrecht dagegen kommen die Gegenstände überhaupt nicht als solche in Betracht, sondern nur in der Eigenschaft als „Gegenstand der Leistung", d. h. des Verhaltens oder des Verfahrens mit dem Gegenstande, welches geschuldet wird. Für die Praxis bedarf die Stellung des Gegenstandes gegenüber der Leistung bezw. innerhalb des Schuldverhältnisses, und zwar als eine zentrale, nicht der Frage. Die Theorie muß erst diese Beziehung des Gegenstandes zur Leistung suchen und diese nicht bloß äußerliche Verknüpfung der Welt der rein persönlichen Handlungen mit der Welt der Gegenstände formulieren. Für die Praxis ist die Leistung bloßes Mittel, um den Gegenstand in seiner tatsächlichen oder rechtlichen Lage (dieses Wort hier im weitesten Sinne genommen, also auch z. B. im Sinne von Beschaffenheit, von Eigenschaft ganz allgemein) der Leistungsverpflichtung gemäß zu verändern; für die Theorie ist umgekehrt der Gegenstand das bloße Mittel, ist m. a. W. der Gegenstand nur insofern von Bedeutung, als er geeignet und notwendig ist, um an oder mit ihm ein der Leistungsverpflichtung entsprechendes Verhalten oder Verfahren überhaupt beobachten zu können. Kurz, für die Praxis ist die Leistung nur um des Gegenstandes willen da, für die Theorie umgekehrt der Gegenstand nur um der Bewirkung der Leistung willen. Man könnte schließlich auch sagen, daß in thesi jede Leistung ohne einen Gegenstand sollte bewirkt werden können, — was sich mit dem oben (S. 16) bereits ausgesprochenen Gedanken berühren würde, daß nämlich „in jedem Schuldverhältnis gleichsam ein ‚Dienstschuldverhältnis' implizite enthalten" sei, und vom Standpunkte der Theorie aus könnte es gar — paradox gesprochen — so scheinen, als ob der Gegenstand für die Leistung nur ein Anhängsel, etwas an sich Nebensächliches wäre, das der Leistung nur als stoffliche Unterlage diente, etwa wie die Leinwand dem Gemälde. Damit aber würde wiederum weit über das Ziel hinausgeschossen, denn der Gegenstand ist doch auch für die theoretische Betrachtung, mag diese sich sonst auch noch so weit von der Auffassung des täglichen Lebens entfernen, mehr

als bloß tatsächliche Voraussetzung für die Bewirkung der Leistung und ist als „Gegenstand der Leistung“ auch nur im uneigentlichen Sinne anders noch als bloß tatsächlich kausal mit der Leistung verknüpft. Das gilt aber immer nur von dem Gegenstande, der und soweit er „Gegenstand der Leistung“, wenn auch nur im uneigentlichen Sinne, sein soll, können doch Gegenstände auf die mannigfachste Art und Weise mit der Leistung verknüpft sein, ohne damit schon „Gegenstand der Leistung“ auch nur in uneigentlichem Sinne zu sein.

Es liegt nahe, hierbei zunächst an solche Gegenstände zu denken, die bei der Bewirkung einer Dienstleistung in Betracht kommen, eben deshalb aber auch nicht Gegenstaud der Leistung sein können, da, wie oben bereits bemerkt, bei der Dienstleistung die Dienste der einzige eigentliche Gegenstand der Leistung sind und es neben ihnen keinen weiteren — uneigentlichen — Gegenstand der Leistung geben kann. Einen Anhalt zur Unterscheidung der Beziehung zwischen Gegenstand und Leistung bei einer Dienstleistung von derjenigen bei einer sogen. Gegenstandsleistung gewährt daher wohl am ehesten die Frage, welchen Einfluß es auf die Leistung hat, wenn der Gegenstand nach begonnener, aber noch vor vollendeter Leistung kasuell untergeht. Es übernimmt z. B. ein Schneidermeister die Herstellung eines Anzuges aus einem von dem Kunden gelieferten Stoff; er gibt den Stoff seinem Gesellen, der den Anzug anfertigen soll; der halbfertige Anzug wird von Feuer zerstört. Während nun die von dem Meister begonnene Werkleistung, obwohl sie bereits begonnen hatte, so behandelt wird, als ob sie überhaupt noch nicht begonnen hätte und nichts geleistet wäre,[50]) ist die Dienstleistung des Gesellen durchaus bis dahin bewirkt, und während der Meister von dem Kunden nichts zu fordern hat, muß er seinerseits dem Gesellen gleichwohl die bis dahin geleisteten Dienste vergüten; denn auf die Dienstleistung ist das Schicksal des Gegenstandes, an dem sich die Dienste vollziehen, ohne jeden Einfluß. Kündigt andererseits der Kunde den Werkvertrag, wozu er nach § 649 vor Vollendung des Anzuges jeder-

[50]) vgl. G. Rümelin, Dienstvertrag und Werkvertrag S. 83.

zeit berechtigt ist, so hat er die volle, für das fertige Werk vereinbarte Vergütung zu zahlen, und der Schneidermeister muß sich nur gewisse Abzüge unter bestimmten Voraussetzungen gefallen lassen. Der Geselle dagegen hat, wenn ihm gleichzeitig der Meister, sei es aus § 623 oder aus § 626, kündigt, nichts zu verlangen, als die Vergütung für die tatsächlich geleisteten Dienste; daß der Schneidermeister für den von ihm, dem Gesellen, bis dahin tatsächlich gearbeiteten Anzug die volle Vergütung verlangen kann, bleibt für das Dienstverhältnis zwischen Meister und Gesellen gänzlich außer Betrachtung, und es ist Sache des Meisters, wenn er sonst keinen Grund hat, zur gleichen Zeit, da ihm gekündigt wird, auch dem Gesellen zu kündigen, von dessen Arbeitskraft auf andere Weise Gebrauch zu machen. Zwischen Gegenstand und Dienstleistung besteht, ungeachtet der engsten tatsächlichen Verknüpfung, keinerlei rechtliche Beziehung, abgesehen von der allgemeinen Diligenzpflicht des Dienstschuldners, die sich in unserem Beispiele natürlich auch auf die Behandlung des Anzugstoffes durch den Gesellen zu erstrecken hat: Hat z. B. der Geselle die Zerstörung des Auzugstoffes verschuldet und so durch vertragswidriges Verhalten die Kündigung von seiten des Meisters veranlaßt, so steht ihm gemäß § 628 ein Anspruch auf die Vergütung insoweit nicht zu, als seine bisherigen Leistungen infolge der Kündigung — denn auch nur diese, nicht die Zerstörung des Stoffes an sich kommt für das Dienstverhältnis in Betracht — für den Meister kein Interesse haben, abgesehen natürlich weiterhin auch noch von einer eventuellen Schadensersatzpflicht des Gesellen auf Grund seines Verschuldens. Wenn indes hierbei der Stoff als der Gegenstand, um dessen Beziehung zur Dienstleistung es sich für uns hier handelt, eine gewisse Rolle spielt, so tut er dies doch nur insofern, als auch er Objekt eines vertrags- bezw rechtswidrigen Verhaltens sein kann wie jeder andere beliebige Gegenstand: Der Geselle zerstört z. B. mutwillig das Bügeleisen, das zu dem ihm vom Meister zur Verfügung gestellten Handwerkszeug gehört. Auch macht nicht, was oben schon angedeutet wurde, eine mutwillige Zerstörung des von dem Gesellen zu verarbeitenden Stoffes durch diesen dem Dienstverhältnis ohne

weiteres ein Ende, sondern es steht ganz beim Meister, ob er dem Gesellen auf dessen vertragswidriges Verhalten hin kündigen will oder nicht. Und kündigt der Meister daraufhin nicht, so kann er auch späterhin nicht die Vergütung für die Arbeit des Gesellen an dem von diesem zerstörten Stoff verweigern, wobei unentschieden bleiben mag, ob der Meister nicht doch auch bei späterer Kündigung, insbesondere wenn diese durch weiter fortgesetztes vertragswidriges Verhalten des Gesellen veranlaßt ist, das in mutwilliger Zerstörung des Anzuges etwa liegende vertragswidrige Verhalten zur Begründung eines Rechtes zur Verweigerung der Vergütung für die auf den Anzug verwendete Arbeit geltend machen darf. Jedenfalls ist die Zerstörung des Gegenstandes, mag sie nun auf casus, dolus oder culpa beruhen, selbst ohne jeden unmittelbaren Einfluß auf die Dienstleistung, und hier ist eben die Kündigung das Mittel, um aus einem zunächst und an sich rein tatsächlichen Vorgange die entsprechende rechtliche Konsequenz für das Dienstverhältnis zu ziehen oder auch nicht zu ziehen.

Beim Werkvertrag beendet umgekehrt eine vorzeitige Zerstörung des im Entstehen begriffenen Werkes selbst das Werkschuldverhältnis, ohne daß es hierzu noch einer Kündigung bedürfte, während andererseits der Werkbesteller den Werkvertrag jederzeit kündigen kann und hierzu eines wichtigen Grundes nicht bedarf, und zwar dies eben auch deshalb, weil in dem Falle, daß das Werk nicht zur Vollendung gelangt, damit schon der Werkvertrag zur Auflösung kommt und es hierzu einer weiteren Begründung nicht bedarf. Wie vielmehr der Werkbesteller jederzeit kündigen kann ohne Grund, so kann auch das Werkschuldverhältnis jederzeit einfach durch Untergang des Werkes vor seiner Vollendung erlöschen. Sobald das Werk vollendet ist — bei einem abnahmefähigen Werk hat der Unternehmer erst mit der Abnahme voll geleistet —, hört die Möglichkeit zu kündigen auf; böte indes der Werkvertrag hinsichtlich der Kündigung eine vollkommene Parallele zum Dienstvertrag, so müßte jetzt — mit Vollendung des Werkes — die Möglichkeit, wegen eines wichtigen Grundes nach Analogie des § 626 ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen, beginnen; denn

jetzt erst befindet sich der Unternehmer in einer Lage wie der Dienstpflichtige, dem nach § 626 in Verb. mit § 628 gekündigt wird, d. h. er hat jetzt erst eine Leistung bewirkt, und jetzt müßte der Unternehmer, wenn der Besteller auch dann noch kündigen dürfte, fragen können, ob ein wichtiger Grund vorliegt. Alles, was der Unternehmer vor Vollendung des Werkes getan hat, ist als solches nicht Leistung und gewährt dem Unternehmer, im Gegensatz zu dem Dienstpflichtigen, der in jedem Augenblick vorzeitiger Auflösung des Dienstverhältnisses immerhin bis dahin tatsächlich geleistet hat, keinen Anspruch auf Vergütung auf Grund bewirkter Leistung.[51]) Dieses eigenartige Vorstadium von wesentlich tatsächlicher Natur und rechtlich nur ganz beschränkter und bedingter Bedeutung kann daher auch jederzeit durch Kündigung — wobei sich noch die Frage erhebt, ob hier überhaupt der Ausdruck „Kündigung" so ganz am Platze ist — oder auch einfach durch kasuellen Untergang des im Entstehen begriffenen Werkes beendet werden.[52])

---

[51]) Von der Frage der Rechtserheblichkeit bezw. Möglichkeit von Werkteilleistungen kann in diesem Zusammenhange abgesehen werden.

[52]) Eine andere Frage ist die, ob mit dem Untergang des Werkes auch das Werkschuldverhältnis selbst zum Erlöschen kommt. Handelt es sich um einen Werklieferungsvertrag über eine vertretbare Sache, zweifellos nicht: Der Untergang der Sache, aus der der Unternehmer als aus dem von ihm zu liefernden Stoffe das Werk herzustellen begonnen hat, kann dem Besteller gleichgültig sein, der Unternehmer hat einfach einen zweiten Stoff in Bearbeitung zu nehmen. Beim Werkvertrag über ein aus vom Besteller zu liefernden Stoffe herzustellendes Werk dagegen beendet der Untergang des begonnenen Werkes das Werkschuldverhältnis selbst. Denn indem der Unternehmer den vom Besteller gelieferten Stoff zu bearbeiten beginnt, hat sich das Werkschuldverhältnis auf das aus diesem Stoff herzustellende Werk konzentriert, und der Besteller kann nicht, indem er einfach einen neuen Stoff liefert, den Unternehmer zwingen, auch diesen zu bearbeiten. Das Angebot neuen Stoffes würde vielmehr die Offerte zum Abschluß eines neuen Werkvertrages über ein aus diesem neuen Stoffe herzustellendes Werk bedeuten. Die Gefahr des Stoffes trägt allerdings der Besteller, der ihn geliefert hat, und dessen Eigentum er (trotz § 950) bleibt. Der Besteller kann allenfalls vom Unternehmer Schadensersatz fordern, wenn diesen an dem Untergang ein Verschulden trifft. Die Gefahr des Werkes dagegen trifft den Unternehmer, d. h. dieser kann keine Vergütung für die auf das begonnene, jedoch vor der Vollendung untergegangene Werk verwendete

Die Werkleistung kann daher auch nicht einfach als eine mit einer sogen. Gegenstandsleistung kombinierte eigentliche Dienstleistung betrachtet werden; denn dem erwähnten Vorstadium vor der Werkvollendung, das allein als „Dienstleistung" angesprochen werden könnte, fehlt doch zur Dienstleistung gerade die Hauptsache, nämlich daß jede im Rahmen oder zum Zwecke der Werkleistung ausgeführte Handlung als insoweit bewirkte Leistung gelten könnte. Die Werkleistung könnte also auch nicht einmal als indirekter Gegenbeweis gegen die Behauptung verwendet werden, daß eine Dienstleistung neben den Diensten keinen weiteren — uneigentlichen — Gegenstand haben kann. Zweifellos besteht zwischen jenem Vorstadium und einer eigentlichen Dienstleistung eine gewisse Ähnlichkeit, diese geht aber durchaus nicht weit genug, um daraus so weitgehende Rechtsanalogien zwischen dem Dienstvertrag und dem Werkvertrag herzuleiten, wie es G. Rümelin in seinem gleichnamigen Werke tut. Insbesondere erscheint die Anwendung des § 626 auf den Werkvertrag[53]) unzulässig, der Besteller braucht, wie wir gesehen haben, den „wichtigen Grund" des § 626 nicht, da er jederzeit kündigen kann, und der Unternehmer hat eben nicht nur ein Werk, d. h. ein Ergebnis seiner Arbeit zu liefern, sondern auch die Gefahr der Herstellung bis zur Abnahme bezw. Vollendung (§§ 644, 646) zu tragen, was ja gerade Rümelin[54]) mit besonderem Nachdruck betont. Zur „Gefahr" gehört aber alles, was das entstehende Werk nicht nur an sächlichem Schaden, sondern auch den Unternehmer in seinen persönlichen Beziehungen zum Besteller an persönlichen Unannehmlichkeiten treffen kann. So groß die Schwierigkeiten der Abgrenzung zwischen Dienst- und Werkvertsag oft auch sein mögen, so dürfen sie doch nicht zu einer mehr oder weniger vollkommenen Ver-

---

Arbeit verlangen. Unbillig wäre es jedoch, wenn der Unternehmer gezwungen würde, auch noch die Gefahr eines neuen Werkes aus neu zu lieferndem Stoffe zu tragen. Auch dies spricht dagegen, daß das Werkschuldverhältnis selbst bei Untergang des begonnenen Werkes fortbestände und nur das rein tatsächliche Vorstadium endete.

[53]) vgl. G. Rümelin a. a. O. S. 292 ff.

[54]) a. a. O. S. 17 ff.

mengung der beiden Leistungsarten führen. Die Dienstleistung ist vielmehr durchaus eine selbständige Individualität wie die Werkleistung, und wenn oben gesagt ist, daß gleichsam in jedem Schuldverhältnis implizite ein Dienstschuldverhältnis enthalten sei, so trifft das nur scheinbar in höherem Maße auf das Werkschuldverhältnis als auf andere Schuldverhältnisse zu, wie denn jene Bemerkung nur zur Verdeutlichung der eigenartigen Beziehung des Gegenstandes zur Leistung auch bei der sogen. Gegenstandsleistung dienen soll. In Wahrheit besteht, wie gerade der hier geführte Vergleich zwischen Werk- und Dienstleistung zeigen dürfte, zwischen diesen Leistungsarten der grundsätzliche Unterschied, daß eben die Dienstleistung neben den Diensten zu keinem weiteren Gegenstand in unmittelbarer rechtlicher Beziehung stehen kann.

Zur Frage der Anwendbarkeit des § 626 sind indes noch folgende Erwägungen von Interesse für unsere Untersuchung: Würde der „wichtige Grund" als Kündigungsgrund auch für den Werkbesteller, über dessen Berechtigung zu jederzeitiger Kündigung hinaus, Bedeutung und Wert haben sollen, so könnte das doch nur in dem Sinne sein, daß dann auch § 628 Satz 1 gelten müßte, d. h. der Besteller nur die bis zur Kündigung wegen eines wichtigen Grundes geleistete Arbeit zu vergüten brauchte. Die Bestimmung des § 628 Satz 1 ist aber doch zugunsten des Dienstverpflichteten, nicht des Dienstberechtigten gemeint. Der Werkbesteller aber, wenn anders er es mit der Bestellung ernstgemeint hat, wird den Werkvertrag vor Vollendung des Werkes nur dann kündigen, wenn er irgendeinen „wichtigen Grund" hierzu hat, womit dann der § 649 mit seiner Verpflichtung für den Besteller, die volle, für das fertige Werk vereinbarte Vergütung zu zahlen, wieder mehr oder weniger illusorisch gemacht wäre.[55]) Will der Besteller vor Vollendung des Werkes kündigen, so mag er auch die volle Vergütung zahlen, dafür hat

[55]) Wie der „wichtige Grund" des § 626 zu verstehen sei, kann hier unerörtert bleiben, zumal da, wenn § 626 auf Werkverträge Anwendung finden sollte, die beim Dienstvertrag etwa zutreffende Auffassung von dem „wichtigen Grunde" mit Rücksicht auf die andersartige Natur des Werkvertrages auch ihrerseits wieder entsprechend zu modifizieren wäre.

ja auch der Unternehmer die volle Gefahr zu tragen, das ist die ratio des § 649.

Demgegenüber scheint jedoch der § 623 in Verb. mit § 620 Abs. 2 gewisse Schwierigkeiten zu bieten, insofern als hier auch für gewisse Dienstverhältnisse das unbeschränkte, d. h. von einem „wichtigen Grund" nicht abhängig gemachte Recht unbeschränkter Kündigung wie in § 649 für das Werkschuldverhältnis ausgesprochen ist. Es ist jedoch zunächst zu beachten, daß in § 623 zum Unterschied von § 649 eine Bestimmung darüber fehlt, wie weit im Falle vorzeitiger Kündigung die Vergütungspflicht reicht. Nach unseren bisherigen Ausführungen könnte, da es sich um ein Dienstverhältnis — im Gegensatz zum Werkschuldverhältnis — handeln soll, die Vergütung für die bis dahin geleisteten Dienste, aber auch nur diese Vergütung, verlangt werden. Es bedarf hier jedoch noch einer Klarstellung des Verhältnisses der §§ 620, 621, 623 untereinander.

Als die Norm ist in § 620, 1 der Fall hingestellt, daß das Dienstverhältnis für einen bestimmten Zeitraum eingegangen wird, nach dessen Ablauf das Dienstverhältnis erlischt. Eine Kündigung könnte hier nur stattfinden in der Form vorzeitiger Kündigung aus einem „wichtigen Grunde" gemäß § 626. Selbstverständlich aber steht es dem Dienstberechtigten frei, die Leistung der Dienste während der ganzen oder eines Teiles der vereinbarten Vertragszeit nicht anzunehmen, er ist aber an sich verpflichtet, die für die ganze Vertragszeit vereinbarte Vergütung zu zahlen, wenn sich auch der Verpflichtete unter bestimmten Voraussetzungen gewisse Abzüge ebenso wie der Unternehmer im Falle der sogen. Kündigung nach § 649 gefallen lassen muß (§ 615). — In § 620, 2 ist weiter der Möglichkeit gedacht, daß die Dauer des Dienstverhältnisses nicht ausdrücklich bestimmt, aber „aus der Beschaffenheit oder dem Zwecke der Dienste zu entnehmen" ist. Im Ergebnis kommt das auf dasselbe hinaus wie der Normalfall des Abs. 1 von § 620: Die Gesamtdauer steht fest, Kündigung ist nur als vorzeitige aus einem „wichtigen Grunde" möglich. Steht dagegen die Gesamtdauer des vereinbarten Dienstverhältnisses nicht fest, dann kommt es — um die Sonderfälle der §§ 622, 624 u. 627 hier auszuscheiden — darauf

an, wonach die Vergütung — ob nach bestimmten Zeitabschnitten (§ 621) oder nach anderen Gesichtspunkten (§ 623) — bemessen ist. Ist die Vergütung nach bestimmten Zeitabschnitten bemessen, und dies ist der tatsächliche Regelfall, dann bleibt die Gesamtdauer des Dienstverhältnisses unbestimmt, und die Kündigung, abgesehen vom Tode des Dienstverpflichteten, ist das einzige Mittel, um das Dienstverhältnis zum Erlöschen zu bringen. Sie kann regelmäßig zu den Endpunkten der Zeitabschnitte, nach denen die Vergütung bemessen ist (§ 621), sie kann aber selbstverständlich auch ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist aus einem „wichtigen Grunde" (§ 626) erfolgen. Ohne Kündigung läuft das Dienstverhältnis weiter, auch wenn der Dienstberechtigte die Leistung nicht annimmt. Die Vergütung ist bei regelmäßiger Kündigung gemäß § 621 bis zum Ablauf der Kündigungsfrist, bei vorzeitiger Kündigung wegen eines „wichtigen Grundes" gemäß § 626 bis zum Zeitpunkt der Kündigung zu zahlen (§ 628 Satz 1), gleichgültig, ob die Leistung bis dahin angenommen wurde oder nicht; liegt im letzteren Falle Annahmeverzug vor, so hat sich auch hier der Verpflichtete die gewissen Abzüge gemäß § 615 gefallen zu lassen.[56]) Hiernach stellt sich also der Regelfall des § 621, wie wir ihn oben bezeichneten, als eine bloße Modifikation des in § 620, 1 aufgestellten gesetzlichen Normalfalles dar: das Dienstverhältnis ist auch hier durchaus an die Zeit gebunden, insofern sein Ende stets — abgesehen von der allgemein möglichen Kündigung aus einem „wichtigen Grunde", welcher Fall ja aber nach § 628 Satz 1 hinsichtlich der Vergütung auch durchaus nach Maßgabe der bis dahin abgelaufenen Vertragszeit behandelt wird — nur durch Bestimmung eines be-

---

[56]) Die „Kündigung" des § 649 steht hinsichtlich der Anrechnungsfrage dem Annahmeverzug des § 615 gleich; sie heißt „Kündigung", weil es eben kein Annahmeverzug ist, eine Kündigung im Sinne des Dienstvertrages ist es aber nicht. Man kann daher auch nicht sagen, daß sich die „Kündigung" beim Werkvertrage von der Kündigung beim Dienstvertrage dadurch unterscheide, daß bei der „Kündigung" des Werkvertrages der Unternehmer sich anrechnen lassen müsse, bei der Kündigung des Dienstvertrages nach § 623 der Verpflichtete nicht, denn die beiden „Kündigungen" sind sonst nicht dasselbe.

stimmten Zeitraumes, während dessen es noch bestehen soll, bezw. eines Zeitpunktes, zu dem es in der Zukunft aufhören soll, herbeigeführt werden kann. — Ganz anders liegt dagegen der Fall des § 623. Hier soll weder die Gesamtdauer des Dienstverhältnisses bestimmt, noch aus der Beschaffenheit oder dem Zwecke der Dienste zu entnehmen (§ 620, 2), noch auch die Vergütung nach Zeitabschnitten zu bemessen und danach irgendwann eine bestimmte Restzeitdauer durch Kündigung zu bestimmen sein. Die Zeit scheint also hier als Maßstab völlig auszuscheiden, und es erhebt sich bei dieser Sachlage die Frage, wie hier im Falle der Kündigung die Vergütung zu bemessen ist. Irgendein objektiver Maßstab muß gegeben sein, da die Höhe der Vergütung in das subjektive Ermessen des einen oder des anderen Teiles stellen nichts anderes heißen würde, als auch die Frage, ob überhaupt eine Vergütung zu zahlen ist, unbestimmt lassen. Außer der Zeit aber kann dann nur noch der Raum in Gestalt der in ihm befindlichen — körperlichen — Gegenstände die erforderlichen objektiven Maßstäbe bieten, und es wird daher auch fast allgemein der Stücklohnvertrag als der den Voraussetzungen des § 623 am meisten entsprechende Dienstvertragstypus bezeichnet.

Der Stücklohnvertrag ist ein Dienstvertrag,[57]) bei dem die Vergütung nicht nach Zeitabschnitten, sondern nach bestimmten — körperlichen — Gegenständen bemessen ist, in deren Herstellung die Dienste des Dienstpflichtigen bestehen. Kommt also der Stücklohnvertrag zum Abschluß, so wird nicht gefragt, wie lange der Stücklöhner gearbeitet, sondern wieviel Stück er hergestellt hat, und die Zahl der Stücke mit dem die Lohneinheit darstellenden Lohn für das einzelne Stück multipliziert. Wie lange der Stücklöhner am einzelnen Stück arbeitet, wieviel Zeit er auf die Lohneinheit verwendet, ist seine — des Stücklöhners — Sache, und daß er in einem bestimmten Zeitabschnitt mehr oder weniger Lohneinheiten herstellen kann, mag in gewissem Sinne als „Gefahrtragung“ von seiten des Stücklöhners zu gelten haben.

---

[57]) G. Rümelin a. a. O. erklärt ihn als Werkvertrag.

Nun kann aber dem Stücklöhner jederzeit (natürlich auch vor dem Beginne der Dienstleistung, — hier soll jedoch nur die Kündigung nach dem Beginne der Dienstleistung wie in § 628 in Betracht gezogen werden) gekündigt werden, und es kann sich ergeben, daß zur Zeit der Kündigung noch kein Stück, oder daß gerade ein oder mehrere Stück fertig hergestellt sind, oder daß mehrere Stück bereits fertig sind, der Gekündigte aber gerade in der Herstellung eines neuen Stücks begriffen ist. Selbstverständlich sind in jedem Falle die fertiggestellten Stück nach dem Stücklohn zu vergüten, und es fragt sich nur, wie die auf ein noch in der Herstellung begriffenes Stück verwendete Arbeit zu vergüten ist. Würde die Entscheidung ganz formal nach Analogie der Fälle des § 621 zu treffen sein, dann würde auch für das noch nicht fertiggestellte Stück der volle Stücklohn zu zahlen sein.[58]) Denn wenn die Vergütung nach Zeitabschnitten bemessen ist, dann kann, wie wir oben sahen, die Kündigung nur auf den Endpunkt eines Zeitabschnittes erfolgen, und es muß, auch wenn etwa der Dienstberechtigte die Dienste vom Augenblick der Kündigung ab bis zum Schluß der Kündigungsfrist nicht mehr annähme, die volle Vergütung für den Zeitabschnitt, auf dessen Endpunkt die Kündigung lautet, abgesehen von den etwaigen Abzügen gemäß § 615 Satz 2, gezahlt werden, es sei denn, daß zur Kündigung ein wichtiger Grund gemäß § 628 vorlag. Ist also die Vergütung nach Stücken bemessen, so geböte rein formal die Analogie mit der Vergütung nach Zeitabschnitten, jedesmal auch den vollen Stücklohn zu zahlen. Das hieße jedoch, abgesehen von allen anderen Bedenken, den Dienstberechtigten zur Annahme der Leistung zwingen; denn die Kündigung könnte — rein formal analog den Fällen des § 621 — nur auf das „Stück", d. h. das fertiggestellte Stück, lauten, und das Dienstverhältnis könnte so durch Kündigung, wie überhaupt nur durch Kündigung, so auch nur dann zum Abschluß kommen, wenn ein Stück fertiggestellt ist, oder falls es in der Herstellung begriffen ist, fertiggestellt wird. Eine Nichtannahme der Leistung,

---

[58]) Denn dann würde das Stück ebenso wie der Zeitabschnitt nur den formalen Maßstab für die Vergütung bilden.

etwa indem der Dienstberechtigte den Dienstverpflichteten an der Ausführung der Arbeit verhinderte, könnte es also gar nicht geben, der Dienstberechtigte müßte sich vielmehr die Dienste, soweit sie zur Fertigstellung des in der Herstellung begriffenen Stückes noch erforderlich wären, gefallen lassen, da andernfalls die Tatsache, auf die die Kündigung lautet, gar nicht eintreten könnte. Das ist aber natürlich eine völlig unmögliche Konstruktion, und es ist eben, wo die Vergütung nicht nach bestimmten Zeitabschnitten bemessen ist, auf deren Endpunkte sich kündigen läßt, nur Kündigung zu jeder Zeit möglich, wie es dem § 623 entspricht. Die Fragen der Vergütung einerseits und der Kündigung andererseits, die in § 621 in engste Beziehung zueinander gebracht werden, sind also umgekehrt in § 623 wieder vollständig voneinander getrennt.

Durch argumentum e contrario läßt sich aus § 623 Satz 2 schließen, daß bei Dienstverhältnissen dieser Art, die die Erwerbstätigkeit des Dienstverpflichteten nicht vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nehmen, nicht nur jederzeit, sondern auch ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden kann. Beispiel: Ein Handlungsgehilfe schafft sich durch Adressenschreiben für ein Adressenbureau in „dienstfreien“ Abendstunden einen Nebenverdienst und wird nach der Zahl der geschriebenen Adressen bezahlt. Er übernimmt nicht für ein oder einzelne Male die Herstellung einer bestimmten Zahl Adressen — was nach § 620: „Die Dauer des Dienstverhältnisses ist aus dem Zwecke des Dienstverhältnisses zu entnehmen“, u. U. auch Dienstvertrag sein könnte —, sondern er hat sich für unbestimmte Zeit gegenüber dem Adressenbureau zum Schreiben von Adressen verpflichtet. Wäre dies ein Werkvertrag, dann könnte der Adressenschreiber niemals (abgesehen von dem Fall des § 643) das Adressenbureau jederzeit kündigen (§ 649). Ist es ein Dienstvertrag, dann können beide Teile jederzeit kündigen (§ 623), und zwar ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist.

Fraglich ist zunächst, ob überhaupt ein Werkvertrag in dem Sinne wie hier auf ungewisse Zeit abgeschlossen werden kann. Allerdings bedarf gerade der Werkvertrag an sich keiner Zeitbestimmung bezüglich der Dauer des Werkschuldverhältnisses,

und wenn, was angängig und in der Praxis auch sehr häufig ist, der Werkvertrag mit einer Vereinbarung über den Zeitraum verbunden ist, innerhalb dessen das Werk herzustellen ist, so hat dies meist die Bedeutung, daß der Unternehmer, falls er innerhalb der Frist das Werk nicht fertigstellt, lediglich eine Vertragsstrafe zu zahlen hat, ohne daß der Besteller berechtigt sein sollte, wegen Nichteinhaltung der Frist von dem Vertrage zurückzutreten. Denn hieran wird der Besteller nur in den selteneren Fällen ein Interesse haben, in denen er das Werk zu einem bestimmten Termin fertig haben muß, so daß es nach diesem Termin keinen Wert mehr für ihn hat. In der Regel wird der Besteller allerdings ein gewisses Interesse daran haben, daß die Fertigstellung des Werkes sich nicht über einen bestimmten Zeitpunkt hinaus verzögert, und sich eben dieses Interesse bezw. den Ersatz des Schadens, den er etwa durch Verzögerung zu erleiden befürchten muß, durch die Vertragsstrafe zu sichern suchen. Aber einmal wird diese Herstellungsfrist stets danach bemessen werden, in wieviel Zeit sich ein Werk der fraglichen Art überhaupt herstellen läßt, und sodann wird der Besteller auch sehr oft gar nicht oder nur unter unverhältnismäßigen Opfern in der Lage sein, von dem Vertrage zurückzutreten, wenn das Werk bereits im Entstehen begriffen oder gar nahezu vollendet ist, er wird vielmehr zumeist an den Unternehmer, mit dem er einmal kontrahiert hat, und an das Werk, das er bestellt hat, sofern mit dessen Herstellung begonnen ist, aus rein praktischen Gründen gebunden sein. Eben deshalb ist aber auch gerade beim Werkvertrag die Vereinbarung einer Herstellungsfrist und die Sicherung zu deren Innehaltung in der einen oder anderen Form dringend geboten und auch üblich und ein Werkvertrag auf unbestimmte Zeit in gewissem Sinne ein Unding. Der Werkvertrag will einen Erfolg, ein Ergebnis, also ein Ende und Abschluß in Gestalt des fertiggestellten Werkes, und wenn die Herstellung sich in Etappen vollzieht und in Teilwerken (wohl zu unterscheiden von „Werkteilen“, die jene „Teilwerke“ in einem weiteren Sinne, nämlich wenn man das Ganze des Werkvertrages betrachtet, auch sein müßten) zutage tritt, so müssen doch diese Teile, soll ein Werkvertrag

vorliegen, eine Einheit bilden, ein Gesamtergebnis, das eben Gegenstand des ganzen Werkvertrages ist. So könnte man vielleicht versucht sein, in unserem Beispiele das Vertragsverhältnis zwischen dem Adressenschreiber und dem Adressenbureau in der Weise als Werkvertrag zu konstruieren, daß man die Anfertigung jeder einzelnen Adresse oder einer gewissen Summe oder Einheit von Adressen als Teilleistungen aus dem Werkschuldverhältnis ansieht, insofern der Werkvertrag in diesem Falle besagen will, daß zunächst z. B. 500 Adressen und sodann, wenn diese fertiggestellt sind, wiederum 500 Adressen usf. hergestellt werden sollen. Dann gäbe es aber nur zwei Möglichkeiten: entweder hat die Herstellung von immer wieder 500 Adressen als Teilleistungen zu gelten — wo aber Teilleistungen sein sollen, da muß doch auch eine Gesamtleistung sein, von der jene echte Teile sind —, oder es handelt sich nicht um Teilleistungen, sondern um in und an sich selbständige Vollleistungen aus je einem in sich geschlossenen Werkvertragsverhältnis, dessen Gegenstand 500 Adressen sind; wie aber käme dann der Adressenschreiber dazu, dauernd zur Anfertigung von Adressen gegenüber dem Adressenbureau verpflichtet zu sein? Denn diese dauernde Verpflichtung auf ungewisse Zeit könnte doch selbst wieder nur Inhalt eines besonderen Schuldverhältnisses (Dienstverhältnisses!) sein, dem jedoch das Werk, das Ergebnis als Gegenstand der Leistung fehlen würde, um Werkschuldverhältnis sein zu können, — ohne das eben kein Werkschuldverhältnis sein könnte. Und sodann — wo wäre bei solcher Konstruktion, wenn vorzeitig nach § 649 gekündigt würde, das Werk, für das der Unternehmer die volle vereinbarte Vergütung zu verlangen hätte? Dieses „Werk“ brauchen wir zum Werkvertrag, und wo es sich um dauernde Verpflichtung zur Herstellung von gleichmäßigen Gegenständen auf ungewisse Zeit handelt — mögen diese auch, für sich betrachtet, fähig sein, Gegenstand der Leistung aus Werkverträgen zu sein —, da fehlt eben das Werk, und es liegt kein Werkvertrag vor. Der Werkvertrag verträgt die bloße Bestimmung einer Leistungszeit, wie beim Dienstvertrag, ebensowenig wie die völlige Ungewißheit der Vertragsdauer, und dieser scheinbare Widerspruch löst

sich eben dadurch, daß es in dem Begriff des „Werkes“ als des Ergebnisses, des Abschlusses einer lediglich auf solchen Abschluß gerichteten und um dessentwillen vorhandenen Tätigkeit selbst liegt, daß das Ende der Vertragszeit nicht ganz ungewiß — aus dem Gesichtspunkte des abzuschließenden Vertrages — sein, nicht zu irgendwelchem beliebigen Zeitpunkt eintreten kann, sondern eben in dem Zeitpunkt eintreten muß, in dem das Werk fertig, das Ergebnis des vertragsmäßigen Tätigseins eingetreten ist; daß m. a. W. das Ende der Vertragszeit[59]) oder richtiger der Verpflichtungsdauer des Unternehmers mit dem Ende der auf das Werk als ihr Ergebnis abzielenden Tätigkeit zusammenfallen muß, insofern also keineswegs ungewiß, sondern, wenn eben auch — in der Regel — nicht absolut, so doch stets relativ ganz bestimmt ist.

Umgekehrt kann der Dienstvertrag an sich durchaus auf unbestimmte Zeit lauten und zugleich der Möglichkeit ganz genauer, absolut zeitlicher Begrenzung durch befristete Kündigung unterliegen (§ 621), aber wiederum auch dieser Möglichkeit entraten, wenn er dann nur auch jederzeit in demselben Sinne und mit der gleichen Wirkung kündbar (§ 623) ist wie nach § 623, nämlich so, daß dann an die Stelle der ursprünglichen Unbestimmtheit der Vertragszeit die absolute zeitliche Bestimmtheit in dem Sinne getreten ist, daß der Vertrag bis hierher und nicht weiter geht. So wenig also, wenn die Kündigung gemäß § 621 erfolgt ist, am Ende des Zeitabschnittes, nach dem die Vergütung bemessen und auf das gekündigt ist, der Umstand noch in Betracht kommt, daß die Vertragsdauer unbestimmt war, so wenig kann dieser Umstand etwas zu bedeuten haben, wenn nach § 623 zu irgendeinem Zeitpunkte mit oder ohne die gesetzliche vierzehntägige Kündigungsfrist gekündigt ist: es ist m. a. W. beim Dienstvertrag stets der absolute Zeitpunkt, der das Schuldverhältnis — die Leistungs- und die Vergütungs-

---

[59]) Die Frage der „Vertragszeit“, wie sie in diesem Zusammenhange zu erörtern ist, hat natürlich nichts mit der Frage zu tun, ob mit der Vollendung des Werkes auch die Verpflichtung des Unternehmers erloschen ist oder nicht.

pflicht — rundweg abschließt; wie weit ursprünglich die Unbestimmtheit der Vertragszeit ging, ob wenigstens die Vergütung nach Zeitabschnitteu bemessen war (§ 621) oder selbst diese zeitliche Beziehung fehlte (§ 623), das ist, wenn einmal das Ende der Vertragszeit durch das hierzu beim Dienstvertrag einzig mögliche Mittel der Kündigung herbeigeführt ist, vollkommen gleichgültig, es kommt lediglich die Zeit, und zwar auch nur soweit sie bis dahin verstrichen ist, in Betracht.

Beim Werkvertrag dagegen bleibt die ursprüngliche absolute Unbestimmtheit bezw. bloß relative Bestimmtheit der Zeit auch dann bestehen, wenn nach § 649 gekündigt oder der Werkstoff, bevor er zum fertigen Werk gediehen, kasuell untergegangen ist, und es wird weder im letzteren Falle gefragt, wieviel Zeit bereits verstrichen ist, noch im ersteren Falle, wieviel Zeitaufwand noch bis zur Fertigstellung des erst im Entstehen begriffenen Werkes erforderlich gewesen wäre: nach wie vor bleibt die Zeit außer Frage, wie es sich denn auch für die Vergütung bezw. Nichtvergütung gleichbleibt, ob die Kündigung nach § 649 bezw. der Untergang des Werkstoffes in die Anfangs- oder die Endzeit der Entstehung des Werkes fällt.

Es kann also ein auf ungewisse Zeit abgeschlossener Stücklohnvertrag nicht Werkvertrag sein, und zwar deshalb, weil Inhalt des Werkvertrages nicht eine Verpflichtung sein kann, deren Dauer völlig unbestimmt (und nicht wenigstens relativ bestimmt) und eben deshalb auch nur rein zeitlich — durch Kündigung jederzeit gemäß § 623 — zu begrenzen ist (und nicht durch ein sachlich in der Natur der Leistung selbst begründetes Moment aus sich heraus ohne Eingreifen von außen zum Abschluß kommt). Ebensowenig aber kann auch ein auf einen bestimmten Zeitraum abgeschlossener „Stücklohnvertrag“ Werkvertrag sein. Es verpflichtet sich z. B. ein Möbeltischler gegenüber einer Möbelhandlung zur Herstellung von Tischen einer bestimmten Art auf ein Jahr; die Vergütung ist am Ende des Jahres nach der Zahl der bis dahin fertiggestellten Tische auf Grund eines Einheitspreises für den Tisch zu entrichten. Ein solcher Vertrag ist sehr wohl denkbar, zumal wenn sowohl eine Minimalzahl der in dem gedachten Zeitraum für die Möbelhandlung herzu-

stellenden, als auch eine Maximalzahl der abzunehmenden, oder richtiger, der zu vergütenden Tische vereinbart wird und z. B. die Minimalzahl so hoch bemessen ist, daß der Tischler voraussichtlich, d. h. vorausgesetzt, daß sein Werkstattbetrieb in dem bisherigen Umfange verbleibt, nicht in der Lage sein wird, Tische dieser Art an die Konkurrenz der Möbelhandlung zu liefern, und andererseits die Maximalzahl nicht höher, als die betreffende Möbelhandlung in diesem Jahre voraussichtlich im günstigsten Falle wird absetzen können — dies für den Fall, daß der Tischler auf Grund solchen Vertrages seinen Betrieb erheblich ausdehnen sollte. Mag nun der Spielraum zwischen der Minimal- und der Maximalzahl groß oder klein sein, oder auch diese Begrenzung nach unten und oben oder auch nur nach unten oder nur nach oben wegfallen, in jedem Falle kann es sich, wenn die Verpflichtung auf einen bestimmten Zeitraum begrenzt ist und ihre Beendigung von nichts weiter als dem Ablauf dieser Frist abhängt, nicht um einen Werkvertrag handeln. Denn gewiß wird in dem gedachten Falle die geleistete Arbeit nach ihrem Ergebnis oder Erfolg vergütet, aber es fehlt als Inhalt des Vertrages die Verpflichtung zur Herbeiführung eines bestimmten Gesamterfolges, zur Herstellung eines Gesamtwerkes, das nur dann hergestellt wäre, wenn — in unserem Beispiele — eine vorher bestimmte Anzahl Tische hergestellt wäre und keiner daran fehlte. Die Möbelhandlung hat beispielsweise für ein neuerbautes Restaurant die Lieferung der erforderlichen Tische übernommen und gibt diese dem Tischler „in Auftrag“, und zwar unter der Bedingung, daß sie nur diese Gesamtheit von Tischen abzunehmen und zu vergüten hat. Hierbei kann selbst eine Maximallieferfrist vereinbart sein, ohne daß damit der Vertrag den Charakter als Werk-, bezw. (in diesem Falle) Werklieferungsvertrag zu verlieren brauchte, zumal der Besteller, wie oben bereits bemerkt, in der Regel für den Fall, daß die Maximallieferfrist nicht eingehalten wird, keine anderweitige Deckung für die Ausführung der von ihm seinerseits wiederum zu bewirkende Lieferung haben und darum nicht in der Lage sein würde, bei Überschreitung der Lieferfrist einfach von dem Vertrage zurückzutreten, auf die Einhaltung der Lieferfrist also

durch Vereinbarung einer Vertragsstrafe hinzuwirken versuchen wird.

Schließlich kann in gewissem Sinne auch ein Werkvertrag auf unbestimmte Zeit abgeschlossen werden, und zwar dann, wenn bei Abschluß des Vertrages noch nicht feststeht, in welcher Weise ein bestimmtes Ergebnis zu erzielen ist, und eben diese Feststellung nur im Laufe der Herstellung und durch diese auf die Fertigstellung des Werkes abzielende Tätigkeit erfolgen kann. Auch wenn zur Zeit des Vertragsabschlusses noch nicht feststeht, ob sich überhaupt ein Ergebnis der gedachten Art erzielen läßt, ist das Vorliegen eines Werkvertrages an sich [60]) nicht ausgeschlossen, wofern nur der Unternehmer die Gefahr der Herstellung des Werkes — das Risiko — übernimmt. Wie weit dieses „Risiko" bei solchen „Experimentverträgen", wie man Verträge der gedachten Art nennen könnte, sich mit der Gefahr der Herstellung des Werkes bei Normalwerkverträgen deckt und worin es hiervon abweicht, bildet eine interessante Frage, deren Erörterung jedoch hier zu weit führen würde.

Gegenüber den bisherigen Ausführungen kann endlich noch die Bestimmung des § 620, 2 Zweifel erwecken, wonach es auch solche Dienstverträge geben soll, bei denen „die Dauer des Dienstverhältnisses aus der Beschaffenheit oder dem Zwecke der Dienste zu entnehmen" wäre. Ein Beispiel für den Fall, daß die Dauer aus der Beschaffenheit der Dienste zu entnehmen ist, würde der Dienstvertrag mit einem Bergführer sein, der naturgemäß auf die Dauer der Hochgebirgstour oder doch mindestens auf so lange abgeschlossen werden muß, wie ich ohne des Führers Beistand nicht sicher bin. Eine Kündigung vor diesem Zeitpunkte, dessen Eintritt beim Beginn keineswegs zeitlich absolut feststeht, ist in der Regel ausgeschlossen. Ein weiteres Beispiel für den zweiten Fall, daß die Dauer aus dem Zwecke der Dienste zu entnehmen ist, wäre die vorübergehende Einstellung von Mähern seitens eines Gutsbesitzers zu Beginn der Ernte für so lange, bis alles Getreide auf dem betreffenden Gute gemäht ist.

---

[60]) Hierzu ist auch § 308 zu beachten.

In diesen Fällen ist also die Endigung der Vertragszeit der Willkür der Parteien entzogen und an den Zweck der Dienste gebunden bezw. durch die Beschaffenheit der Dienste bedingt. Das heißt jedoch nicht, daß der Zweck der Dienste erreicht sein muß, wenn das Dienstverhältnis zum Abschluß gelangen soll; sondern der Zweck bezw. die Beschaffenheit der Dienste gibt nur den Maßstab für die normale Dauer des Dienstverhältnisses ab, und das Dienstverhältnis endet ebenso, der Dienstverpflichtete hat die Vergütung für die bis dahin geleisteten Dienste ebensogut „verdient", wenn nach Beginn der Dienstleistung der Zweck der Dienste vereitelt, wie wenn er erreicht wird. Ob am Ende der Dienstzeit der Zweck der Dienste erreicht ist oder nicht, ist gleichgültig; die Vergütung ist einfach für die bis dahin geleisteten Dienste zu entrichten, und die fragliche Bestimmung (§ 620, 2) hat lediglich den Sinn, daß das Dienstverhältnis, mag nun die Vergütung nach Zeitabschnitten oder anders bemessen sein, nicht gekündigt werden kann, es sei denn, daß der Zweck der Dienste weggefallen ist, die Dienste „keinen Zweck mehr haben". Wenn z. B. die Mäher einen Teil des Getreides auf dem betreffenden Gutsareal gemäht haben und nun ein Unwetter den noch stehenden Rest des Getreides vernichtet, so hat damit das Dienstverhältnis seinen Abschluß gefunden, und die Mäher sind für die bis dahin geleisteten Dienste zu entlohnen: war die Vergütung nach Zeitabschnitten bemessen, nach Maßgabe der abgelaufenen Dienstzeit, war die Vergütung etwa pro Morgen gemähten Feldes bemessen, nach der Zahl der abgemähten Morgen, war für das gesamte abzumähende Areal eine Pauschalvergütung vereinbart, im Verhältnis des tatsächlich abgemähten zum Gesamtareal. Auch im letzteren Falle könnten die Mäher eine Gegenleistung für die durch höhere Gewalt unmöglich gemachten Dienste nicht verlangen (§ 323). Daß sie trotz § 323[61]): „Wird die ... dem einen Teile obliegende Leistung ... unmöglich, so verliert er den Anspruch auf die Gegenleistung", die volle Vergütung für die bis dahin geleisteten

[61]) Übrigens können ja auch nicht die bereits geleisteten Dienste unmöglich werden, sondern nur die Fortführung der Dienstleistung.

Dienste zu verlangen haben, beruht eben darauf, daß die Dienstleistung sich im Zeitablauf abspielt und die in jedem Zeitabschnitt geleisteten Dienste vollgültige Teilleistungen bedeuten und es, wenigstens bei einem durch höhere Gewalt vorzeitig beendeten Dienstverhältnis, nie darauf ankommen kann, ob die bis dahin geleisteten Dienste für den Dienstberechtigten ihren vollen verhältnismäßigen Teilwert auch tatsächlich besitzen — daß sie vielmehr diesen Teilwert haben, ist in diesem Falle eine rechtliche Fiktion —. Kündigt etwa der Dienstberechtigte, bevor es dahin gekommen ist, daß die Dienste „keinen Zweck mehr haben", so ist diese Kündigung, wofern sie nicht aus einem „wichtigen Grunde" gemäß § 626 erfolgt, völlig wirkungslos, ist m. a. W. keine Kündigung im Rechtssinne; verweigert er die Annahme der Dienste, so greift bei eintretendem Annahmeverzug § 615 Platz. Wäre in unserem Beispiele ein Werkvertrag anzunehmen, dann hätten die Mäher, falls das Unwetter das Mähen des ganzen Areals unmöglich machte, gar nichts zu verlangen, mag auch ein noch so großer Teil des Areals bereits abgemäht sein. Andererseits könnte, falls Werkvertrag vorläge, der Besteller jederzeit kündigen, die Mäher hätten aber die für das Abmähen des ganzen Areals vereinbarte Vergütung zu verlangen. Das sind natürlich unhaltbare Ergebnisse, die aber für die Praxis keine Bedeutung haben, da Verträge der gedachten Art eben als Werkverträge nicht abgeschlossen werden, noch so behandelt werden können, es sei denn, daß beim Vertragsabschluß der Wille der Parteien unzweideutig darauf gerichtet war, daß der „Arbeitnehmer" das volle Risiko als Unternehmer tragen soll und dieser Wille auch in der Vereinbarung einer unverhältnismäßig hohen Vergütung zum Ausdruck gekommen ist.

Betrachten wir endlich noch an Hand des obigen Beispiels den Fall, daß die Dauer des Dienstverhältnisses aus der Beschaffenheit der Dienste zu entnehmen ist, so wird beim Bergführerengagement wohl regelmäßig eine Pauschalvergütung vereinbart mit der Maßgabe, wofern es sich um die Ausführung einer bestimmten Hochgebirgstour handelt, daß das volle Pauschale in jedem Falle, auch wenn der Bergsteiger verunglückt oder die Tour sonstwie nach ihrem Beginn nicht zur vollen Durch-

führung kommt, zu zahlen ist: Das ist aber wiederum das gerade Gegenteil vom Werkvertrag. Andererseits aber verliert das Bergführerengagement auch nicht dadurch seinen Charakter als Dienstvertrag, daß das Pauschale in jedem Falle, es sei denn, daß Pflichtverletzung von seiten des Bergführers die normale Beendigung der Tour unmöglich gemacht hat, zu zahlen ist. Denn es liegt eben in der Beschaffenheit solcher und überhaupt von Diensten der Art, wie sie den Voraussetzungen des § 620, 2: „Ist die Dauer des Dienstverhältnisses aus der Beschaffenheit der Dienste zu entnehmen . . . “, entsprechen — von Diensten also, deren Dauer eben durch ihre Beschaffenheit bedingt und bestimmt ist —, daß sich diese Dienste nach dem für die Teilung von Dienstleistungen allein möglichen Maßstabe der Zeit überhaupt nicht in vollgültige Teilleistungen zerlegen lassen, sondern nur eine Bewertung als Gesamtleistung oder richtiger als einmalige Leistung zulassen: es fehlt jeder Maßstab, um den Wert einer einzelnen oder mehrerer Leistungshandlungen mit dem Wert der ganzen Leistung zu vergleichen.[62]) Nehmen wir an, es engagiert jemand für eine völlig ungefährliche Fußreise durch ein ihm unbekanntes Land einen des Weges und dessen Schönheit kundigen Führer gegen ein Pauschale für die ganze Reise. Trifft nun den Reisenden auf halbem Wege der Schlag, so läßt sich sehr wohl der Umfang der bisherigen Leistung an der geplanten ganzen Leistung messen, sei es durch Vergleich der zurückgelegten Strecke mit der zurückzulegenden Gesamtstrecke, sei es durch Vergleich der abgelaufenen Reisezeit mit der in Aussicht genommenen Gesamtreisezeit; bald wird diese, bald wird jene Meßweise angemessener erscheinen, je nachdem die Reise zwanglos mit beliebigen Aufenthalten oder in einem durchschnittlichen Marschtempo zurückgelegt werden sollte, bezw. bis dahin zurückgelegt worden ist. Hier liegt in jedem Falle ein gewisser gleichmäßiger Leistungsablauf vor, während eine

---

[62]) Wenn auch für die Teilung von Dienstleistungen die Zeit den allein möglichen Maßstab bildet, so ist darum doch noch nicht die Zeit das Kriterium einer Dienstleistung in dem Sinne, daß als Dienstleistung nur eine solche Leistung gelten könnte, die beliebig zeitlich teilbar ist.

Hochgebirgstour sich in der Regel aus ganz ungleichmäßigen Leistungshandlungen zusammensetzt, die nicht exakt gegeneinander abgewertet werden können. Es ist also hier durchaus in der Beschaffenheit der Dienste begründet, daß der Dienstpflichtige bei eintretender Unmöglichkeit normaler Beendigung der Dienstleistung abweichend von der allgemeinen Regel für den Dienstvertrag das vereinbarte Pauschalquantum verlangen kann. Dagegen ist die Sachlage bei jener Fußtour und dieser Hochgebirgstour wiederum die gleiche, wenn etwa der Tourist ohne wichtigen Grund vorzeitig kündigen wollte. Denn in beiden Fällen wäre eine vorzeitige Kündigung gleich wirkungslos, und der Führer könnte bei eintretendem Annahmeverzug hier wie dort das Pauschalquantum verlangen.

Im übrigen findet die fragliche Bestimmung in § 620, 2 auch wiederum am häufigsten auf Stück- bezw. Akkordlohnverhältnisse Anwendung. Bereits der oben behandelte Fall der Mäher, die nicht gleich Dienstknechten dauernd angestellt, sondern zu einem bestimmten vorübergehenden, und zwar hier durch ihre eigene Tätigkeit seine Erledigung findenden Zwecke eingestellt sind, gehört zu dieser Art Dienstverträge, wofern die Vergütung nicht rein nach der Zeit, sondern nach der abgemähten Fläche bezw. Teilen dieser Fläche bemessen ist. Da die Flächeneinheit je nach der Tätigkeit des Mähers in längerer oder kürzerer Zeit abgemäht werden kann, so ist der Zeitpunkt, in dem der Zweck der versprochenen Dienste erreicht wird, nicht im voraus absolut zu bestimmen, und es wird z. B. für den Morgen ein bestimmter Mähelohn vereinbart, bei dessen Bemessung jedoch wiederum die Zeit, die erfahrungsgemäß ein Mäher durchschnitlich zum Mähen eines Morgen braucht, der wesentlich bestimmende Faktor ist. Wie hoch dabei der Lohnbetrag für die Zeiteinheit in die Rechnung eingestellt wird, bestimmt sich nach dem Brauch und den wechselnden wirtschaftlichen Verhältnissen, die für diese Art Arbeit maßgebend sind. Der Dienstberechtigte aus einem zu bestimmtem begrenzten Zwecke abgeschlossenen Stück- oder Akkordlohnvertrage will gewiß diesen Zweck als Erfolg der Leistung. Aber wenn es sich im vorhinein feststellen ließe, wann der Zweck erreicht sein müßte oder könnte, dann würde

er einen Dienstvertrag rein auf diesen Zeitraum abschließen. Er schließt den Dienstvertrag auf so lange ab, als die Dienste Zweck, und zwar diesen bestimmten Zweck haben, und diese Vereinbarung hat rechtlich nur die Bedeutung, daß ohne wichtigen Grund nicht gekündigt werden kann, solange die Dienste nicht zwecklos geworden sind, oder — bei normalem Leistungsablauf — noch Zweck haben können.[63])

Das gilt auch dann, wenn es sich um einen Stücklohnvertrag auf Herstellung einer bestimmten Anzahl Stücke handelt: Ein Schriftsteller, der ein Buch im Selbstverlag erscheinen läßt, engagiert einen Buchbinder zum Einbinden eines bestimmten Teiles der Auflage unter Vereinbarung eines Bindelohns pro Band. Ohne wichtigen Grund können beide Teile nicht kündigen, bis der ganze Auflagenteil gebunden ist. Gibt der Schriftsteller einen noch nicht fertiggestellten Bänderest einem anderen Buchbinder in Arbeit, ohne dem ersten etwa aus wichtigem Grunde gekündigt zu haben, so kann der erste Buchbinder, falls er den Schriftsteller nach § 295 in Annahmeverzug versetzt, gemäß § 615 für die infolge des Verzugs nicht geleisteten Dienste die vereinbarte Vergütung verlangen.[64]) Wäre der Vertrag als Werkvertrag zu behandeln, dann könnte der Schriftsteller, wenn er den Rest der Bände von einem anderen Buchbinder binden lassen wollte, dem ersten Buchbinder jederzeit — gemäß § 649 — kündigen, ist aber dann hinsichtlich seiner Vergütungspflicht in genau derselben Lage wie bei Dienstvertrag nach § 615. Kündigt

---

[63]) Der weitere — wirtschaftliche — Zweck, dem die Form des Stück- bezw. Akkordlohnvertrages wohl wesentlich ihre Entstehung zu danken hat: den Dienstverpflichteten zu möglichst rascher Arbeit anzutreiben, kommt hier als juristisch unerheblich nicht in Betracht. Die hier immer wieder hervorgehobene grundsätzliche Bemessung der Dienste nach der Zeit entspricht auch, wie hier eingeflochten sei, der fortschreitenden Mechanisierung der Arbeit in unserer Zeit. Im Gegensatz dazu kommt die grundsätzliche Beziehung und Begründung des Werkvertrages auf das Werk dem als Gegenpol zu jener Mechanisierung wirkenden Streben unserer Zeit nach qualifizierter Werkarbeit entgegen. Das Nähere kann hier nicht ausgeführt werden.

[64]) Es kann fraglich erscheinen, ob hier nicht vom anderen Teile zu vertretende Unmöglichkeit der Annahme vorliegt und § 324 Platz greifen müßte, die Folgen würden indes die gleichen sein.

er nicht, so kann er nach § 642 in Annahmeverzug geraten,[65]) ist aber hinsichtlich seiner alsdann eintretenden Entschädigungspflicht in einer an sich ungünstigeren Lage, als wenn er nach § 649 kündigte.

Werden im Laufe der Arbeit die bereits eingebundenen Bände ohne Verschulden beiderseits (und ohne daß die Voraussetzungen des § 645 zutreffen: „infolge einer von dem Besteller für die Ausführung erteilten Anweisung") zerstört, während der noch nicht gebundene Rest unversehrt bleibt, so ergeben sich in ihrer Verschiedenheit sehr charakteristische Wirkungen, je nachdem der Vertrag als Dienst- oder Werkvertrag abgeschlossen wäre. Bei Dienstvertrag hat der Buchbinder den Bindelohn für die zerstörten gebundenen Bände zu verlangen, bei Werkvertrag nicht;[66]) wenn indes der Schriftsteller die gebundenen Bände bereits abgenommen hatte[67]) und diese erst nach der Abnahme verbrannt sind, so kann der Buchbinder auch als Unternehmer aus Werkvertrag den auf die abgenommenen und verbrannten Bände entfallenden Teil des Werklohnes verlangen, während diese ganze Frage beim Dienstvertrag gar keine Rolle spielt, weil es auf das Schicksal der so oder so mit der Dienstleistung verbundenen Sache gar nicht ankommt, es einen — uneigentlichen — „Gegenstand der Leistung" nicht gibt.[68])

---

[65]) Eine Konkurrenz zwischen Annahmeverzug und Unmöglichkeit — zwischen § 295 in Verb. mit § 642 einerseits und § 324 andererseits — findet hier nicht statt, da hier von einer Unmöglichkeit nicht die Rede sein kann, zumal wenn eine solche Konkurrenz auch dann noch streitig sein soll, wenn die Unmöglichkeit viel zweifelloser erscheint.

[66]) Es ist hier jedoch zu beachten, daß die Gefahr mit eintretendem Annahmeverzug auf den Besteller übergeht (§ 644 Satz 2).

[67]) Teilabnahme ist mit der Wirkung des § 644, 1 an sich möglich auch vor Vollendung des ganzen Werkes, aber sie kann im Zweifel keine Verpflichtung des Bestellers sein, denn der Besteller ist nur verpflichtet, das ganze fertige Werk, das den Erfolg, das Ergebnis darstellt, abzunehmen, den — uneigentlichen — Gegenstand der Leistung. Die Folge wird sein, daß der Besteller möglichst nicht vor Erreichung des ganzen Erfolges das Werk abnehmen wird.

[68]) Wollte man gerade mit Bezug auf den hier behandelten Fall einmal von einer „Abnahme" beim Dienstvertrage sprechen, so könnte man sagen: ob der Dienstberechtigte „abnimmt" oder nicht, — die Gefahr bleibt bei ihm.

Wie aber ist bei Dienstvertrag einerseits und Werkvertrag andererseits die Frage zu beantworten, ob nach dem zufälligen Untergang der bereits gebundenen Bücher der Buchbinder verpflichtet ist, den Rest der Bücher zu binden? Oben ist bereits ausgeführt, daß es in den von der fraglichen Bestimmung des § 620, 2 getroffenen Fällen des Dienstvertrages nicht darauf ankommt, daß der „Zweck der Dienste" erreicht wird, sondern daß, solange die Dienste noch Zweck haben, und zwar diesen bestimmten Zweck, der Dienstvertrag nicht ohne wichtigen Grund gekündigt werden kann. Fragt sich also, ob der Zweck der Dienste noch besteht, auch wenn von der Gesamtzahl der Bände, die gebunden werden sollten, ein Teil casu zerstört ist. Der Zweck der Dienste war, daß eine bestimmte Anzahl Bände gebunden würde; zu diesem Zwecke hatte der Schriftsteller den Buchbinder verpflichtet. Nun ist dieser ursprüngliche Zweck durch die Zerstörung der bereits gebundenen und damit der ursprünglich für diesen Zweck bestimmt gewesenen Bände vereitelt. Der Schriftsteller könnte jedoch, um die ursprünglich von ihm in Aussicht genommene Anzahl gebundener Exemplare seines Werkes zu bekommen, für die verbrannten Bände Ersatz aus dem nicht zum Einband vorgesehenen Auflagenrest, falls dieser noch dazu ausreichte, sonst durch Neudruck beschaffen. Aber der Buchbinder wäre auf Grund des ursprünglichen Vertrages jedenfalls nicht verpflichtet, außer der Zahl der, als das Brandunglück eintrat, noch nicht gebundenen Bände, auch noch einmal die Zahl der verbrannten Bände zu binden: er hat seine Leistungspflicht bis zur Zahl der verbrannten Bände erfüllt, und es kann sich nur darum handeln, ob er nun noch die an der Gesamtzahl, die er zu binden sich verpflichtet hatte, nach Abzug der Zahl der verbrannten Bände noch fehlende Zahl zu binden hat.[69]) Diese Frage aber muß ebenso bejaht, wie die andere Frage, ob der Buchbinder die Zahl der verbrannten Bände noch einmal zu binden hat, verneint werden muß. Denn er hat sich ja nur auf die ursprüngliche Zahl, und zwar als Höchstzahl, verpflichtet: soviel Bände hat er zu binden. Daß der Schrift-

[69]) vgl. Anm. 68.

steller diese Zahl Bände schließlich auch wirklich gebunden bekommt und hat, oder daß diese Zahl Bände schließlich auch wirklich gebunden da sind, dafür steht der Buchbinder nicht ein, wenn er nur die Zahl gebunden hat. Kann der Schriftsteller ihm die ursprünglich vereinbarte Zahl nicht zum Binden geben, weil er im gegebenen Moment — sei es mit, sei es ohne sein Verschulden — die genügende Zahl Bände nicht mehr zur Verfügung hat, dann kann er nicht etwa ihm (dem Buchbinder) kündigen (die objektive Unmöglichkeit der Annahme ist kein „wichtiger Grund" im Sinne von § 626), sondern er gerät vielmehr nach der einen Ansicht,[70]) wenn der Buchbinder sich zur Fortsetzung seiner Leistung bereit zeigt, in Annahmeverzug, und der Buchbinder kann dann für die infolge des Verzugs nicht geleisteten Dienste nach § 615 die vereinbarte Vergütung verlangen, ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein; nach der anderen Ansicht[71]) kommt § 323 zur Anwendung, und der Buchbinder bekommt nur die Vergütung für die bis dahin geleisteten Dienste, verliert aber für die noch ausstehenden Dienste den Anspruch auf die Gegenleistung.[72]) Hier kommt indes zunächst auf eine Entscheidung dieser sehr weitschichtigen Streitfrage

---

[70]) vgl. Kohler, Zwölf Studien S. 160f. u. 218f.

[71]) vgl. Oertmann a. a. O. Anm. 2d u. 3 zu § 615, insbesondere 3b zu § 293; Planck a. a. O. Anm. 3 zu § 615.

[72]) Für unseren speziellen praktischen Fall läßt sich übrigens die Ansicht vertreten, daß der Schriftsteller der Aufforderung zur Vornahme der zur Mitwirkung erforderlichen Handlung nachkommen und somit nicht in Annahmeverzug geraten würde, wenn er dem Buchbinder gleichviel welche ungebundenen Bücher zum Binden gibt, wofern er nur die Zahl der vom Buchbinder zu bindenden Bücher einhält und die Ersatzbände so beschaffen sind, daß ihr Einbinden mit demselben ursprünglich verabredeten Einbande dem Buchbinder nicht mehr Arbeit verursacht als das Binden der Exemplare des Werkes, um deren Binden es sich ursprünglich gehandelt hatte; der Dienstvertrag würde nach wie vor ein solcher bleiben, dessen Dauer aus dem Zweck der Dienste zu entnehmen ist. Was für Bücher ihm der Schriftsteller zum Binden gibt, geht den Buchbinder nichts an; ihn interessiert in erster Linie die Zahl und sodann die Größe der Bücher sowie der Grad der Schwierigkeit des Einbindens der einzelnen Bände, was sich wiederum in dem Maße der darauf zu verwendenden Arbeitszeit ausdrückt. Eine Lokalisierung oder, wie in unserem Falle, eine Individualisierung findet

nichts an, wir nehmen vielmehr an, daß der Buchbinder die nicht verbrannten Bände zum Binden hat, bezw. vom Schriftsteller erhält, und nicht nur muß er diese Bände noch binden, sondern er hat auch, wenn er sie gebunden, seine Verpflichtung erfüllt, obwohl der Zweck der Dienste[73]) nicht erreicht ist. Die Verpflichtung reicht eben auch nur so weit, als sich der Zweck erreichen läßt, ohne daß der Dienstverpflichtete mehr tut, als seine Verpflichtung ist, nämlich in diesem Falle soundsoviel Bände zu binden.

Nun aber der Werkvertrag: Der Buchbinder verpflichtet sich, eine bestimmte Anzahl Bände zu binden, und er steht für den Erfolg ein: er trägt die Gefahr des Werkes (bis zur Abnahme bezw. Vollendung) ausschließlich der Gefahr des zufälligen Unterganges des vom Besteller zu liefernden Stoffes, also der vom Schriftsteller zum Binden gegebenen ungebundenen Bücher, und es erhebt sich nun die Frage, ob noch und event. wozu der Buchbinder verpflichtet ist, wenn im Laufe der Herstellung ein bereits fertiggestellter Teil der Bände zufällig zerstört wird. Hier ist zunächst zu unterscheiden, ob die Bände, als sie verbrannten, bereits abgenommen waren oder nicht, und welche Bedeutung hier die Teilabnahme hat.

Oben ist gesagt, daß beim Werkvertrag, im Gegensatz zum Dienstvertrag, für die bereits gebundenen Bände, wenn nur diese

---

bei der Dienstleistung (bezüglich der Werkleistung vgl. Anm. 52) nur unter ganz besonderen Umständen statt (vgl. Oertmann a. a. O. S. 602 a. E.). Es werden im allgemeinen nur die speziellen Arbeitsbedingungen einzuhalten sein, auf die hin der Vertrag abgeschlossen ist. Der Dienstverpflichtete kann also in Fällen wie dem vorliegenden den Berechtigten stets in Annahmeverzug setzen und braucht sich den Einwand der Unmöglichkeit nicht gefallen zu lassen und behält somit den Anspruch auf die Gegenleistung.

[73]) „Zweck" hier vom Berechtigten aus gesehen. Der „Zweck" jedoch, um den es sich in § 620, 2 handelt, ist nicht allein vom Berechtigten aus zu verstehen als rein wirtschaftlicher, sondern als sachlicher auch vom Verpflichteten aus; denn beim Dienstvertrag handelt es sich nicht um ein bloßes Geben und Nehmen, sondern um ein Tun von seiten des Verpflichteten, das ein Ziel, eine Aufgabe haben muß: „Zweck" also hier als Ziel, Richtung oder besser als Aufgabe, die der Verpflichtete als solche zu erfüllen hat.

zerstört werden, die noch zu bindenden aber unversehrt bleiben, grundsätzlich kein Werklohn zu zahlen sei, und nur, wenn die Bände zur Zeit ihrer Vernichtung bereits abgenommen waren, der auf sie entfallende Teil des Werklohns zu entrichten sei. Es fragt sich also noch, wozu der Buchbinder noch weiterhin verpflichtet sein kann: ob er etwa nur noch die außer den verbrannten Bänden an der vereinbarten Gesamtzahl fehlenden oder auch noch außerdem die Zahl der verbrannten Bände als Ersatz für diese zu binden hat, und welchen Einfluß es hierauf hat, ob die verbrannten Bände bereits abgenommen waren oder nicht.

Nehmen wir zunächst an, daß die verbrannten Bände noch nicht abgenommen waren, so kann kein Zweifel darüber bestehen, daß der Buchbinder für die in die verbrannten Bände gesteckte Arbeit (und etwaige Zutaten) eine Vergütung nicht zu verlangen hat, er trägt als Unternehmer die Gefahr (der Herstellung) des Werkes. Er hat sich indes verpflichtet, eine bestimmte Zahl Bücher mit Einbänden zu versehen, deren Herstellung insgesamt das von ihm versprochene Werk darstellen soll, und an dieser Zahl fehlen nun die verbrannten Bände. Wenn jetzt der Schriftsteller aus einem ursprünglich nicht zum Binden bestimmten Restbestand der Auflage die Zahl der verbrannten Bände entnähme und dem Buchbinder zum Binden gäbe, so entsteht die Frage, ob dieser außer den nichtverbrannten Bänden auch noch den Ersatz für die verbrannten Bände zu binden hat. Es liegt nahe anzunehmen, daß wenn der Buchbinder noch die Bände zu binden hat, die ihm ursprünglich zum Binden gegeben, zur Zeit des Brandes noch nicht gebunden und auch nicht mitverbrannt waren, er auch verpflichtet sein müsse, die nachträglich als Ersatz für die verbrannten gebundenen Bände zum Binden gegebenen Bände zu binden (und umgekehrt); denn beide Verpflichtungen haben zur Voraussetzung, daß durch die Zerstörung des bereits gebundenen Teiles der ursprünglich zu bindenden Gesamtzahl Bände das Werkschuldverhältnis nicht zur Auflösung kommt.

Ein auf das Binden einer bestimmten Anzahl Bände lautendes Dienstverhältnis würde von der Zerstörung, sei es eines bereits gebundenen Teiles oder sei es selbst der Gesamtzahl

der ursprünglich zum Binden gegebenen Bände an sich nicht berührt. Sind die an der zu bindenden Gesamtzahl Bände noch fehlenden Bände zum Binden da, mögen sie nun vom Feuer verschont geblieben oder andernfalls vom Schriftsteller aus dem Rest der Auflage zum Binden nachgeliefert sein, der Buchbinder ist in jedem Falle verpflichtet, die an der zu bindenden Gesamtzahl noch fehlenden Bände zu binden. Die Verpflichtung hängt lediglich davon ab, ob die erforderliche Zahl Bände noch da, weil nicht verbrannt, ist oder vom Schriftsteller nachgeliefert wird. Beim Werkvertrag jedoch hängt alles Weitere von der Vorfrage ab, ob durch den kasuellen Untergang eines bereits gebundenen oder auch gegebenenfalls eines noch nicht gebundenen Teiles der ursprünglich zu bindenden Bände das Werkschuldverhältnis selbst nicht zum Erlöschen kommt, und diese Frage wiederum hängt davon ab, ob infolge der erwähnten Zerstörung die Herstellung des versprochenen Werkes unmöglich wird oder nicht.[74])

Sehen wir zunächst von unserem speziellen Falle ab, so ist allgemein festzustellen, daß, wo der Werkstoff ein nicht vertretbares noch irgendwie ersetzbares Sachindividuum darstellt, durch dessen Untergang auch die Herstellung des Werkes, das sich aus anderen Stoffe nicht herstellen läßt, überhaupt — objektiv — unmöglich wird. Kein Zweifel, daß in diesem Falle der Unternehmer weder Vergütung für etwa bereits auf die Herstellung des Werkes verwandte Arbeit zu verlangen noch auch seinerseits irgendwie weiter aus dem Werkvertrage selbst verpflichtet sein kann.

Wie aber sind Fälle wie der folgende zu beurteilen? Der Besitzer einer Galerie alter Meister, in der sich eine Reihe von gedunkelten Gemälden befindet, gibt eins von den letzteren einem Maler zur Reinigung und Restaurierung: Werkvertrag, dessen „Werk“ das restaurierte Gemälde ist. Das Gemälde verbrennt ohne Verschulden beiderseits im Atelier des Malers, nachdem dieser mit der Restaurierung begonnen hatte: Eine

---

[74]) Zur Frage der Konzentration des Werkschuldverhältnisses auf den Werkstoff durch die Bearbeitung des letzteren vgl. auch Anm. 52.

Vergütung steht dem Maler nicht zu. Das Gemälde war nun gewiß im höchsten Sinne Sachindividuum, an sich unvertretbar und unersetzbar. Aber die Arbeit, durch die der Maler das versprochene Werk herzustellen hatte, ist, wenngleich eine solche höherer, künstlerischer Art, dennoch eine solche, die sich, vielleicht mit unwesentlichen Abweichungen, wiederholen ließe, z. B. an einem, dem verbrannten Gemälde an Größe gleich-, aber auch in der Ausführung und dem Dunkelungsgrade so nahe kommenden Pendant desselben Meisters, daß von dem hier maßgebenden Gesichtspunkte aus sich die Restaurierungsarbeit an diesem Gemälde der an dem verbrannten Pendant gleichsetzen ließe. Kann deshalb nun, obwohl das Werk, auf das der Werkvertrag ursprünglich abzielte: das verbrannte Gemälde restauriert, nie und nirgends mehr hergestellt werden kann, gleichwohl der Galeriebesitzer von dem Maler fordern, daß er an Stelle des verbrannten Gemäldes das Pendant gegen die vereinbarte Vergütung restauriere? Dem Maler wird es in der Regel nur erwünscht sein können, wenn er, nachdem er eben erst in der umsonst in das verbrannte Gemälde gesteckten Arbeit einen Verlust erlitten hat, nun sogleich wieder eine neue Arbeitsgelegenheit findet, die zudem nur eine Wiederholung oder Fortsetzung der eben erst durch den Brand unterbrochenen Arbeit darstellt. Überdies wird er in der Regel damit gerechnet haben, daß ihn die Restaurierung des verbrannten Gemäldes eine gewisse Zeit beschäftigen sollte, und für diesen Zeitraum die Übernahme etwaiger anderer Aufträge abgelehnt, bezw. bis zu dessen mutmaßlichem Endpunkte hinausgeschoben haben, so daß er nicht nur die in das verbrannte Gemälde gesteckte Arbeit glatt einbüßt, sondern auch noch mit einem mehr oder weniger großen Verlust an Arbeitszeit rechnen muß, bis er neue Arbeit hat, bezw. mit dieser beginnen kann. Er kann ja nun, auch wenn er nicht dazu verpflichtet ist, das Pendant zu restaurieren, diese Arbeit dennoch auf Grund eines damit neugeschlossenen Werkvertrages übernehmen. Der Unterschied ist nur der, daß wenn er verpflichtet wäre und somit der ursprüngliche Werkvertrag fortbestände, er allerdings nicht verlangen könnte, daß ihm der Galeriebesitzer = Besteller das Pendant zum Restaurieren gibt,

aber der Galeriebesitzer, wenn er auf Aufforderung von seiten des Malers gemäß § 295 Satz 2 die erforderliche Mitwirkungshandlung unterließe, in Annahmeverzug geriete und § 642 Platz griffe, während, wenn die Herstellung des versprochenen Werkes als unmöglich zu gelten hat, § 323 zur Anwendung kommt, der Maler also die „angemessene Entschädigung" des § 642 nicht verlangen, noch auch die weitergehenden Ansprüche aus § 643 in Verb. mit § 645 Abs. 1 Satz 2 geltend machen kann.

Läge in unserem Falle Dienstvertrag — nach § 620, 2 — vor, dann würde sich immerhin die Ansicht vertreten lassen, daß solange der Galeriebesitzer in der Lage ist, für das verbrannte Gemälde einen Ersatz — in dem Pendant — in Arbeit zu geben, von objektiver Unmöglichkeit der Leistung nicht gesprochen werden und daher § 323 nicht in Betracht kommen kann, der Galeriebesitzer vielmehr, wenn er der Aufforderung des Malers, ihm eine der vereinbarten entsprechende Arbeit, also hier das Pendant, zum Restaurieren zu geben, nicht nachkommt, in Annahmeverzug gemäß § 615 gerät. Es fragt sich nur auch hier wieder, ob nicht doch die Leistung durch die Zerstörung des Bildes unmöglich geworden war.

Die Zweifel, die sich hier wie in den früher erörterten Fällen erheben, laufen sämtlich auf die Frage hinaus, wie sich Unmöglichkeit der Annahme und Unmöglichkeit der Leistung zueinander verhalten, und wann die Unmöglichkeit der Annahme als Unmöglichkeit der Leistung im Sinne des § 323 zu behandeln ist. Denn die Unmöglichkeit der Annahme braucht an sich keineswegs den Annahmeverzug auszuschließen, da der Gläubiger in Verzug kommt, wenn er die ihm angebotene Leistung nicht annimmt (§ 293); aus welchem Grunde er nicht annimmt, ist regelmäßig ohne Belang, und wenn die Leistung dadurch erst unmöglich wird, daß der Gläubiger nicht annimmt, so braucht sich der Schuldner nicht so — nach § 323 — behandeln zu lassen, als ob seine Leistung unmöglich wäre, sondern es treten regelmäßig die dem Schuldner grundsätzlich günstigeren Folgen des Annahmeverzuges ein.[75]) Ist insbesondere zur Bewirkung

[75]) vgl. Anm. 72.

der Leistung eine Handlung des Gläubigers erforderlich, so kann dieser dadurch, daß er die Mitwirkungshandlung nicht vornimmt, dem Schuldner die Leistung unmöglich machen; es bleibt jedoch auch in dem Falle die Regel, daß die Leistung nicht als unmöglich zu behandeln ist, sondern die Folgen des Annahmeverzuges eintreten, selbst dann bestehen, wenn der Gläubiger die Mitwirkungshandlung nur deshalb unterläßt, weil sie unmöglich ist.

Hier stellt sich allerdings sofort ein Bedenken ein: Annahmeverzug kann nur auf Grund des Angebots der tatsächlichen (§ 294) oder einer „nur erklärten, nur wörtlichen Leistungsbereitschaft“ [76]) (§ 295) eintreten, und ist zur Bewirkung der Leistung eine Handlung des Gläubigers erforderlich, so steht dem Angebote der Leistung die Aufforderung an den Gläubiger gleich, die erforderliche Handlung vorzunehmen (§ 295 Satz 2). Den Gläubiger aber zu einer unmöglichen Handlung aufzufordern, erscheint widersinnig, wenn nicht die Aufforderung nur eine leere Formalität sein und auch eine Scheinaufforderung genügen soll. So wenig aber eine Aufforderung bezw. ein Angebot nur zum Scheine dann gilt, wenn der Schuldner zur Zeit des Angebots nicht imstande ist, die Leistung im gegebenen Falle nach Vornahme der Mitwirkungshandlung zu bewirken (§ 297), so wenig kann eine Scheinaufforderung gelten, obwohl die Mitwirkungshandlung objektiv unmöglich ist, und so gut der Schuldner, wenn er den Gläubiger zu einer Mitwirkungshandlung auffordert, imstande sein muß, die Leistung zu bewirken, wenn nun der Gläubiger, der Aufforderung nachkommend, auch seinerseits in den Leistungsablauf eingreift, so gut muß auch diese Mitwirkungshandlung möglich sein; die Aufforderung geschähe sonst, sowohl in dem einen wie in dem anderen Falle, nur zum Schein. Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, daß der Schuldner ja auch dann den Gläubiger zur Annahme auffordern müsse, wenn der Gläubiger ihm erklärt hat, daß er die Leistung nicht annehmen werde (§ 295). Denn wenn nichts als diese Erklärung vor-

---

[76]) vgl. Rosenberg a. a. O. S. 149ff., insbesondere S. 152.

liegt, so ist damit doch noch nicht die Möglichkeit ausgeschlossen, daß der Gläubiger sich in dem entscheidenden Momente des Angebots anders besinnt und trotz der früheren Weigerung die Leistung annimmt; insbesondere kann auch der Schuldner nicht voraussehen, ob der Gläubiger nicht schließlich seine Absicht noch ändert. Es wird also in diesem Falle von dem Schuldner keineswegs eine bloße Formalität verlangt, wie es eben dann der Fall sein würde, wenn die Annahme unmöglich ist. Ein bloßes Scheinangebot, eine bloße Scheinaufforderung aber kann nach unserem heutigen Rechtssystem nicht von rechtswirksamer Bedeutung sein und kann als bloße Formalität auch keinen Annahmeverzug herbeiführen. Es wäre also hier die Unmöglichkeit der Mitwirkungshandlung für den Schuldner gleichbedeutend mit der Unmöglichkeit, den Gläubiger durch Aufforderung gemäß § 295 Satz 2 in Annahmeverzug zu versetzen, und es ergäbe sich, daß wenn eine zur Bewirkung der Leistung erforderliche Handlung des Gläubigers unmöglich ist, Annahmeverzug nicht eintreten und nur Behandlung des Falles auf Grund Unmöglichkeit der Leistung nach § 323 erfolgen kann.

Ist die Leistung eine solche, daß sie einer Annahme von seiten des Gläubigers nicht bedarf und daß insbesondere auch keine Handlung des Gläubigers zur Bewirkung der Leistung erforderlich ist, dann kann natürlich auch nicht davon die Rede sein, ob die Leistung durch Nichtannahme unmöglich werden könnte oder nicht. Handelt es sich ferner darum, daß die Leistung nur noch angenommen zu werden braucht, ohne daß es irgendeiner weiteren Leistungshandlung von seiten des Schuldners bedürfte, so kann gleichfalls die Leistung nicht mehr durch Nichtannahme unmöglich werden, vorausgesetzt, daß der Schuldner den Gläubiger durch das hierzu erforderliche Angebot in Annahmeverzug versetzt; denn mit dem Annahmeverzug geht die Gefahr mindestens des zufälligen Unmöglichwerdens der Leistung auf den Gläubiger über, und die Leistung kann daher nicht mehr ohne Verschulden des Schuldners unmöglich werden. Bei Angebot der sonst fertigen Leistung, die nur noch der Annahme bedarf, muß daher die Nichtannahme stets Annahmeverzug herbeiführen, gleichgültig, auf welchem Grunde die Nichtannahme be-

ruht, so daß also in diesem Falle Unmöglichkeit der Annahme niemals Unmöglichkeit der Leistung im Sinne des § 323 zur Folge haben kann. Entsprechendes aber gilt auch für den Fall, daß, wenn zur Bewirkung der Leistung eine Handlung des Gläubigers erforderlich ist, das, was der Schuldner bis dahin bereits getan hat, als Leistung zu gelten hat. In diesem Falle kann das, was bereits geleistet ist, auf keine Weise mehr ungeschehen, „ungeleistet", unmöglich gemacht werden, insbesondere auch nicht dadurch, daß die Mitwirkungshandlung unmöglich wird.[77]) Stirbt der Kranke erst während der Operation, so wird dadurch allerdings die Beendigung der Leistung unmöglich, aber was bis dahin geleistet ist, bleibt „geleistet" und wird von der nachfolgenden Unmöglichkeit nicht berührt. Speziell in dem Falle einer Operation auf Leben und Tod aber hat die begonnene, wenngleich vorzeitig durch den Tod des Patienten abgebrochene Operation durchaus die Bedeutung einer Volleistung, da mit dem Tode als möglichem Endigungsgrunde von vornherein gerechnet wird, und die Leistung, wofern kein Kunstfehler des Arztes vorliegt, in jedem Falle gleich groß ist und weder nach der Zeit, noch nach der Zahl der Handgriffe gemessen werden kann. Ähnliches gilt in dem Falle des Bergführers, der die Führung auf einer Hochgebirgstour übernommen hat: auch hier ist von vornherein mit allen möglichen Zufällen zu rechnen, die die Übernahme einer weiteren Verpflichtung, als daß der Bergführer eben in jedem Augenblick seine volle Pflicht tut, ausschließt. Die Übernahme einer Garantie für das Gelingen der Tour durch

---

[77]) Es kann sich bei einer insoweit bewirkten Leistung auch nicht mehr um eine zur Bewirkung der Leistung erforderliche Handlung des Gläubigers handeln, denn die Leistung ist ja insoweit bewirkt; es kann sich vielmehr nur noch, wofern sie überhaupt noch notwendig ist, um die „eigentliche" Annahme der sonst fertigen Leistung handeln. Während aber die Unmöglichkeit einer Mitwirkungshandlung zu der Frage führen kann, ob dadurch nicht auch die Leistung, zu deren Bewirkung sie erforderlich wäre, unmöglich wird, kann die Nichtannahme einer sonst insoweit fertig abgeschlossenen Leistung diese selbst nicht mehr unmöglich machen, sondern nur zu Annahmeverzug führen. Die Annahme einer sonst fertig bewirkten Leistung ist, wenn auch nicht in jedem Falle zu vertreten, doch allemal eine vertretbare Handlung.

den Bergführer wäre widersinnig, und es kann höchstens neben der üblichen, in jedem Falle voll zu zahlenden Tourentaxe eine Extravergütung oder Erfolgsprämie für den Fall vereinbart werden, daß die Tour gelingt. Würde die Normaltaxe fehlen, dann wäre eine eventuelle Vergütung für den Fall des Gelingens auch nichts anderes, als wenn die Normaltaxe zu zahlen ist, nämlich eine Extravergütung, eine Erfolgsprämie, es würde nicht das Ergebnis der Bemühungen bezahlt, sondern der von diesen Bemühungen ganz unabhängige, in diesem Sinne zufällige Erfolg. So — als Erfolgsprämie — ist aber der Werklohn keineswegs zu verstehen; Fälle wie die angeführten könnten also nicht als Werkverträge konstruiert werden.

Sehen wir indes von diesen Spezialfällen ab, so bleibt das bestehen, daß die Leistung, soweit sie bewirkt ist bezw. als bewirkt zu gelten hat, durch nachträglich eintretende Unmöglichkeit, sei es der Annahme, sei es der Leistung, nicht berührt wird, — fragt sich eben nur, wann das, was bis zum Eintritt der Unmöglichkeit geschehen ist oder beim Eintritt der Unmöglichkeit auf seiten des Schuldners vorliegt, als Leistung, d. h. als geleistet zu gelten hat.

Ob tatsächlich etwas getan oder unterlassen ist in der durch die Leistungsverpflichtung vorgeschriebenen Richtung, kann hier nicht ausschlaggebend sein. So läßt sich z. B. in den beiden folgenden Fällen des Dienstvertrags einerseits und des Werkvertrags andererseits die Sachlage in gewissem Sinne miteinander vergleichen: Der bereits erwähnte Galeriebesitzer engagiert einen Kunsthistoriker als Kustos zunächst auf ein Jahr, Dienstantritt am 1. April. Der Kustos findet am 1. April die Galerie verschlossen und fordert schriftlich den Galeriebesitzer auf, ihm die Galerie zu den vereinbarten Dienststunden zugänglich zu machen, teilt auch zugleich mit, daß er sich dem Galeriebesitzer bis auf weiteres zur Verfügung halte. Ebenfalls am 1. April schließt der Galeriebesitzer mit dem Maler den Vertrag auf Restaurierung des gedunkelten Gemäldes und gibt dieses dem Maler zum Restaurieren. Am 1. Mai wartet der Kustos immer noch vergeblich auf die Öffnung der Galerie: der Galeriebesitzer hat ihm mitgeteilt, daß er „auf seine Dienste verzichte“. Der Maler

dagegen hat während des ganzen Monats April an dem Gemälde gearbeitet und die Restaurierung zum größeren Teil vollendet. Am 2. Mai brennt die Galerie ab, der Galeriebesitzer stirbt und das zu restaurierende Gemälde verbrennt gleichfalls in dem Atelier des Malers. Der Maler hatte gearbeitet, der Kustos nicht. Dennoch gilt die von dem Kustos versprochene Dienstleistung als insoweit bewirkt, die von dem Maler versprochene Werkleistung dagegen nicht. Aber auch dann, wenn der Kustos seinen Dienst vom 1. April bis 1. Mai versehen, also gearbeitet hätte wie der Maler, würde darum doch die Situation am 2. Mai keine andere sein.

Gegenüber dieser verschiedenartigen Behandlung des zu einer Dienstleistung Verpflichteten einerseits und des zu einer Werkleistung Verpflichteten andererseits genügt es auch nicht, darauf hinzuweisen, daß eben beim Werkvertrag, im Gegensatz zum Dienstvertrag, der Schuldner die Gefahr der Leistung trage; denn das ist einerseits keine Erklärung, sondern vielmehr nur ein anderer Ausdruck für die Tatsache, daß in Fällen wie den obigen der Dienstverpflichtete die vereinbarte Vergütung, der Unternehmer nichts zu verlangen hätte, andererseits aber ist es auch gar nicht einmal ganz richtig. Denn § 323 gilt für alle gegenseitigen Verträge, und jeder Schuldner trägt die Gefahr der Erfüllung bezw. des zufälligen Unmöglichwerdens seiner, d. h. der von ihm versprochenen Leistung, und auch der Dienstpflichtige hat nichts zu verlangen, wenn er infolge zufälliger Unmöglichkeit seiner Leistung nichts im Sinne seiner Leistungsverpflichtung getan, bezw. was vorliegt, nicht als Leistung oder als geleistet zu gelten hat. In dieser Grundtatsache sind Dienst- und Werkvertag durchaus nicht unterschieden.

Aber umgekehrt stimmen die beiden Vertragsarten auch darin überein, daß das Angebot der Leistung stets alles ist, was von dem Schuldner verlangt werden kann,[78]) und es verhält sich damit nicht etwa so, daß beim Dienstvertrag „das bloße Angebot der Leistung genügte“, dagegen beim Werkvertrag das

---

[78]) vgl. Hohenstein, § 326 BGB. und der Abnahmeverzug des Käufers, a. a. O. S. 714 f.

Werk hergestellt, die Leistung bewirkt sein müßte, um gültig angeboten werden zu können; sondern beim Dienstvertrag ist so gut wie beim Werkvertrag geleistet, die Leistung — insoweit — bewirkt, indem angeboten wird. Ein gewisser Unterschied zeigt sich nur darin, daß beim Dienstvertrag jedes Angebot der Leistung gleichsam eine Aufforderung zur Vornahme einer zur Bewirkung der Leistung erforderlichen Handlung des Gläubigers bedeutet und von einem Angebot einer sonst fertigen, d. h. nur noch der Annahme bedürfenden Leistung nie gesprochen werden kann, da jede Dienstleistung in jedem Augenblick ihrer Bewirkung bereits angenommen ist und einer Annahme hinsichtlich eines Resultats oder mit Rücksicht auf ein Ergebnis nicht bedarf. Kann der Dienstverpflichtete seinerseits leisten, ist er also nicht im Sinne des § 297 zur Zeit des Angebots außerstande, die Leistung zu bewirken, und bietet er sich so nun an zu leisten, so hat er damit schon zu leisten begonnen, ist die Leistung — insoweit — ebensogut bewirkt, wie wenn der Unternehmer sein Werk, nachdem er es fertiggestellt hat, anbietet: Der Unternehmer tut auch in diesem Falle nicht mehr als der Dienstschuldner, der sich überhaupt zunächst nur zu leisten erbietet. Daß der Unternehmer arbeitet, um das Werk herzustellen, kommt an sich gar nicht in Betracht: Die Leistung des Unternehmers ist das vollendete Werk, für dessen Dasein zur rechten Zeit und am rechten Ort er aufzukommen hat, — wie er das erreicht, ist seine, des Unternehmers, Sache und an sich völlig gleichgültig. Wie also der Unternehmer sein Werk, so hat der Dienstschuldner seine Arbeitskraft zum Anbieten; wie der Dienstberechtigte diese verwertet, ist ebenso eine andere oder weitere Frage — eine Frage des weiteren, rechtlich irrelevanten Zweckes — wie die Frage, was der Besteller mit dem angenommenen Werk weiterhin anfängt. Allerdings vollzieht sich die Verwertung der Arbeitskraft durch Leistung; aber hierbei ist eben in jedem Augenblick geleistet, — die Dienstleistung selbst hat kein Ergebnis, ihr Zweck und Ziel liegt nicht in ihr selbst, sondern lediglich in dem Willen des Dienstberechtigten. Dieser und der weitere Zweck, den der Gläubiger verfolgt, fassen die an sich in der Zeit beliebig teilbaren und stets bis

dahin geleisteten Dienste zu jener gewissen Einheit zusammen, deren das Schuldververhältnis als solches nicht entraten kann.

Es ist daher auch wiederum ein Unterschied, ob der Unternehmer den Besteller zu einer Mitwirkungshandlung auffordert, oder ob der Dienstschuldner die Leistung anbietet, d. h. sich zu leisten erbietet; dasselbe Angebot des Dienstschuldners haben wir umgekehrt auch als von dem Angebot der Leistung — des fertigen Werkes — von seiten des Unternehmers verschieden und demgegenüber wiederum mehr als der Aufforderung zu einer Mitwirkungshandlung vergleichbar bezeichnet. Es verhält sich also bezüglich des hier in Frage kommenden Unterschieds zwischen Dienst- und Werkvertrag so, daß das Angebot der Dienstleistung weder einerseits mit dem Angebot der Werkleistung — des fertigen Werkes — noch andererseits mit der Aufforderung zu einer bei der Herstellung des Werkes erforderlichen Handlung des Bestellers — gemäß § 642 — ganz übereinstimmt und doch mit beiden je ein wesentliches Moment gemeinsam hat. Denn die Annahme des Angebots der Dienstleistung hat einerseits zur Folge, daß, soweit bezw. solange angenommen, auch geleistet ist und insofern kein Unterschied zwischen der Annahme des Angebots der Dienstleistung und der Werkleistung, d. h. des fertigen Werkes, besteht. Während also insofern das Angebot der Dienstleistung dem Angebot einer fertigen, d. h. nur noch der Annahme im engeren Sinne bedürfenden Leistung zu vergleichen ist, kann es doch eben diese Art des Angebots bei der Dienstleistung gar nicht geben, weder aus dem Gesichtspunkt der Möglichkeit noch aus dem der Notwendigkeit. Denn wenn man selbst ein durch Erreichung eines bestimmten Zieles oder Zweckes markiertes Ende einer Dienstleistung ins Auge faßt, über das hinaus nichts mehr zu leisten ist, die versprochenen Dienste vielmehr sämtlich geleistet sind und ein bestimmtes Ergebnis erzielt haben, so könnte dann doch nicht mehr eine Annahme dieser „fertigen“ Dienstleistung im ganzen oder als Gesamtheit des ganzen vorangegangenen Leistens erfolgen, oder, wenn eine solche etwa nicht erfolgte, Annahmeverzug die Folge sein, oder m. a. W. Angebot oder Annahme in solchem Falle irgendwelche rechtlichen Folgen haben, sei es auf seiten des Dienstschuldners bezüglich der Frage, ob seine Leistung

bewirkt ist oder nicht, sei es auf seiten des Dienstgläubigers bezüglich der Frage, ob er noch in Annahmeverzug geraten könnte oder nicht. Ist die Dienstleistung bewirkt, dann liegt auch nichts mehr vor, was noch angeboten oder angenommen werden, oder durch dessen Angebot und Nichtannahme der Dienstgläubiger in Verzug der Annahme der Dienstleistung geraten könnte. Hat der Dienstgläubiger den Dienstschuldner eine Zeitlang die versprochenen Dienste leisten lassen, so ist für ebendiese Zeit geleistet, und die Frage, ob geleistet sei oder nicht, kann sich bezüglich dieser Arbeitszeit gar nicht mehr erheben.

Aus dem Gesagten ergibt sich aber auch umgekehrt, daß in jedem Augenblick des Angebots einer Dienstleistung deren Bewirkung selbst noch ausstehen und einer Mitwirkung des Dienstgläubigers bedürftig sein muß. Ein anderes Angebot der Dienstleistung, als indem der Dienstschuldner seine Arbeitskraft zur Ausführung der versprochenen Dienste zur Verfügung stellt und gegebenenfalls hält, kann es gar nicht geben, denn eines Angebots der bereits bewirkten Leistung bedarf es weder, noch ist ein solches möglich. Es ist also immer nur die noch zu bewirkende Leistung bezw. der noch zu bewirkende Leistungsteil, was angeboten wird. Kann der Schuldner die Dienstleistung bewirken, ohne daß es einer Mitwirkungshandlung des Gläubigers bedarf, so ist er auch zu leisten verpflichtet. Kann er es nicht, ohne daß der Gläubiger ein bestimmtes Verhalten beobachtet, das er, sobald die Dienstleistung sich vollziehen soll, nicht beobachtet, so ist der Schuldner verpflichtet, den Gläubiger zur Beobachtung eben dieses Verhaltens aufzufordern und, sobald die Aufforderung befolgt wird, zu leisten. Wird die Aufforderung nicht befolgt, so kann der Schuldner eben nicht leisten und hat, indem er auffordert, alles getan, was er tun konnte und zu tun verpflichtet ist. Und in dieser Situation verharrt der Schuldner so lange, wie er die Aufforderung aufrechterhält bezw. seine Arbeitskraft zur Ausführung der versprochenen Dienste zur Verfügung des Gläubigers hält. Er ist nicht verpflichtet, eine andere Gelegenheit zur Verwertung seiner Arbeitskraft aufzusuchen, und er gerät nur dann in Widerspruch mit seiner Ver-

pflichtung, wenn er eine sich darbietende andere Gelegenheit böswillig ungenutzt läßt (§ 615). Dies aber besagt aufs deutlichste, daß er seiner Schuldnerpflicht Genüge tut, wenn er seine Arbeitskraft zur Ausführung der versprochenen Dienste zur Verfügung des Gläubigers hält, — alles das natürlich nur innerhalb der für die verschiedenen Arten der Dienstleistung maßgebenden Zeitgrenzen.

Der Unternehmer indes, der den Besteller zu einer „bei der Herstellung des Werkes erforderlichen Handlung gemäß § 642 auffordert, tut damit allerdings alles, was er tun kann, nicht aber eben das, wozu er verpflichtet ist. Dies vielmehr tut er nur dann, wenn er das Werk hergestellt hat und die so vollendete Leistung anbietet, wofern ein solches Angebot noch erforderlich ist. Gehen wir von der Sachlage aus, daß bei der Herstellung des Werkes eine Handlung des Bestellers erforderlich wird, nachdem bereits die Herstellung begonnen hat, so kommt das, was auf seiten des Unternehmers bereits vorliegt, grundsätzlich nicht als geleistet in Betracht, und es ergibt sich im Falle der Nichtbefolgung der Aufforderung der sehr charakteristische Unterschied, daß der Unternehmer nicht, wie der Dienstpflichtige gemäß § 615, die vereinbarte Vergütung, sondern nach § 642 lediglich eine angemessene Entschädigung verlangen kann, und daß ferner der Besteller für die Zeit nach Eintritt des Annahmeverzuges keine Entschädigung zu zahlen braucht, wenn der Unternehmer nicht nachweist, daß er ernstlich, wenn auch vergeblich bemüht war, eine andere Gelegenheit zur Verwendung seiner Arbeitskraft zu erlangen. In jedem Falle handelt es sich hier lediglich um eine angemessene Entschädigung für den Verlust, den der Unternehmer infolge des Verzuges erleidet, und die Entschädigung könnte auch dann von dem Unternehmer neben dem Werklohn verlangt werden, wenn der Besteller die unterlassene Handlung nachholen und der Unternehmer das Werk daraufhin doch noch fertigstellen würde. Beim Dienstvertrag dagegen ist einfach die vereinbarte Vergütung zu zahlen, ohne daß der Dienstpflichtige zur Nachleistung verpflichtet wäre. Was diesen letzteren Punkt anbetrifft, so bleibt der Unternehmer auch bei Annahmeverzug nach § 642 an sich zur Herstellung

des Werkes verpflichtet, denn diese Leistung selbst muß sich in einem Werk vergegenständlichen[79]) und spielt sich nicht einfach mit dem Zeitablaufe ab. Der Unternehmer kann sich aber im Falle des Annahmeverzuges aus § 642 allerdings von jeder weiteren Verpflichtung befreien, indem er nach § 643 verfährt und dem Besteller eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmt, daß er nach fruchtlosem Ablauf der Frist den Vertrag kündige. Unterläßt aber der Unternehmer diese Fristbestimmung, dann muß er, selbst wenn er inzwischen eine anderweitige Gelegenheit zur Verwendung seiner Arbeitskraft gefunden hat, gewärtig sein, jeden Augenblick von dem Besteller unter dem Erbieten zur Vornahme der zur Herstellung des Werkes seinerseits erforderlichen Handlung zur Fertigstellung des Werkes aufgefordert zu werden. Der Unternehmer kann also wählen, ob er die Nachholung der zur Herstellung des Werkes erforderlichen Handlung des Bestellers — etwa aus Interesse an der Herstellung des Werkes oder um sich die Entschädigung aus § 642 event. zu sichern — abwarten, oder ob er die Frist gemäß § 643 setzen will. Verläuft diese fruchtlos, dann kann der Unternehmer „einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und Ersatz der in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen" verlangen; daneben[80]) hat er Anspruch auf Entschädigung gemäß § 642, wobei die für die Höhe der Entschädigung mitbestimmende „Dauer des Annahmeverzuges" (§ 642, 2) sich bis zu dem Ablauf der Frist und der gleichzeitig erfolgenden Aufhebung des Vertrages erstreckt.

Der grundlegende Unterschied zwischen dem Dienst- und dem Werkvertrage bleibt aber auch hier, obwohl die aus Billigkeitsrücksichten hervorgegangenen Bestimmungen der §§ 642, 643, 645 Satz 2 den Werkvertrag schon wieder mehr dem Dienstvertrag annähern, durchaus gewahrt. Denn wenn auch im Falle fruchtlosen Ablaufes der Frist nach § 643 der Unternehmer de facto für die ganze abgelaufene Arbeitszeit von Beginn der

---

[79]) vgl. Kohler, zitiert in Anm. 49.

[80]) vgl. Oertmann a. a. O. S. 643 Bem. 4 zu § 643; Planck a. a. O. S. 615 Bem. 4 zu § 643.

Herstellung bis zum Ausbleiben der zur Herstellung erforderlichen Handlung des Bestellers (§ 645: „der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung") und weiterhin bis zum Ablaufe der Frist (§ 642: „Dauer des Annahmeverzuges") zu bezahlen ist, so handelt es sich doch in § 642 nur um eine Entschädigung (und nicht um die vertragsmäßige „vereinbarte Vergütung" des § 615) und in § 645 nur um einen der tatsächlich geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung, der allerdings nicht nach dem Verhältnis des Wertes des bis dahin Hergestellten zum Gesamtwerte, den das fertige Werk haben würde, zu berechnen ist (wie bei teilweiser Vernichtung des Werkes, wenn das erhaltene Teilwerk noch einen gewissen Wert hat,[81]) aber doch auch nicht nach dem bloßen Zeitaufwand des Unternehmers bis zu dem Augenblick des Ausbleibens der Bestellerhandlung bemessen werden kann (denn der eine Unternehmer braucht mehr, der andere weniger Zeit zur Herstellung eines bestimmten Werkes, und es kann daher, wie wiederholt hervorgehoben, eben nie der bloße, nach den Fähigkeiten und Hilfsmitteln stets wechselnde Zeitaufwand maßgebend sein), sondern nur durch einen Vergleich des bis dahin Hergestellten oder Erzielten mit dem Gesamtwerk, wenn auch eben nicht dem Werte, sondern dem Maß und dem Umfange nach sich feststellen läßt. Ist z. B. das Werk mit 1 angesetzt, ein Werklohn von 20 vereinbart und das Werk zu $^1/_4$ fertig, dann ist $^1/_4$ der zu leistenden Arbeit geleistet, und der „der geleisteten Arbeit entsprechende Teil der Vergütung" beträgt 5 — also auch hier wieder nur das nach den Fähigkeiten und Hilfsmitteln des Unternehmers schwankende Ergebnis der Arbeit in dem bestimmten, durch den Beginn der Herstellung einerseits und das Ausbleiben der Bestellerhandlung andererseits begrenzten Zeitraume maßgebend: in diesem Zeitraume wird der Unternehmer je nach seinen Fähigkeiten und Hilfsmitteln eine mehr oder weniger ergebnisreiche Arbeit geleistet und entsprechend einen mehr oder weniger großen Teil der Vergütung zu verlangen haben,

---

[81]) vgl. G. Rümelin a. a. O. S. 86 ff.; Oertmann a. a. O. S. 656 Bem. 5 zu § 644.

während noch so verschieden befähigte Dienstschuldner bei gleichen Leistungsbedingungen für die gleiche Arbeitszeit auch nur den gleichen Lohn zu beanspruchen haben würden und das, was sie durch ihre Arbeit tatsächlich erzielt, mag es auch noch so ungleich sein, gar nicht in Betracht kommen könnte.

Die hier eingeflochtene Untersuchung über den Unterschied zwischen Dienst- und Werkvertrag dürfte, so manche Frage sie auch noch unberührt und ungelöst lassen mußte, doch zur Genüge dargetan haben, daß zwischen Werk- und Dienstvertrag ein grundsätzlicher Unterschied besteht und der Werkvertrag nicht einfach eine bloße Abart des Dienstvertrages, oder richtiger, die Werkleistung nicht einfach eine bloße Abart der Dienstleistung ist, die neben den Diensten noch einen weiteren uneigentlichen Gegenstand der Leistung in dem Werke hätte. Der Unterschied zwischen Werk- und Dienstvertrag besteht vielmehr gerade darin, daß die Werkleistung in dem Werk einen weiteren uneigentlichen Gegenstand der Leistung hat, den die Dienstleistung neben den Diensten nicht haben könnte, ohne in ihrem Wesen verändert zu werden. Alle oben besprochenen, für die eine Vertragsart zum Unterschiede von der anderen geltenden Bestimmungen finden, wenn man von den gerade bei diesen beiden Vertragsarten in besonderem Maße mitsprechenden Rücksichten des sozialen Ausgleiches absieht, ihren letzten Grund darin, daß in dem einen Falle zwischen Schuldner und Gläubiger, zwischen Leistung und Annahme ein Gegenstand (oder Zustand) steht, der, ohne selbst die Leistung zu sein, dennoch da sein, und zwar in der durch den Vertrag bestimmten Art und Weise da sein muß, wenn und soweit geleistet sein soll, während in dem anderen Falle (des Dienstvertrages) Schuldner und Gläubiger bezw. Leistung und Annahme sich unmittelbar gegenüberstehen und für die Leistung nichts darauf ankommt, ob irgendein (körperlicher) Gegenstand oder Zustand da ist oder nicht, vielmehr geleistet wird, indem, oder auch, ohne daß angenommen wird. Es kann daher auch beim Dienstvertrag die Annahme immer nur die Bedeutung einer Mitwirkungshandlung im Sinne

von § 295 haben, während beim Werkvertrag daneben noch die Annahme des fertiggestellten Werkes oder fertiggestellter Werkteile möglich ist. Auch beim Dienstvertrag können Gegenstände oder Zustände von Bedeutung sein oder werden, nie jedoch für die Frage, ob geleistet bezw. angenommen werden kann oder nicht. Die Dienstleistung ist vielmehr stets — objektiv — möglich, abgesehen vom Tode des Dienstpflichtigen, insofern auch die Annahme stets möglich ist, abgesehen wiederum von dem Falle, daß die Dienstleistung an der Person des Dienstberechtigten selbst zu vollziehen ist und dieser vor oder während der Bewirkung der Leistung stirbt. Jede andere Unmöglichkeit der Annahme hat der Dienstberechtigte zu vertreten, und er wird dann — nach § 324 — genau so behandelt, wie wenn er nach § 615 in Annahmeverzug gekommen wäre. Es ist daher auch dasselbe, ob man, wie hier, sagt, der Dienstberechtigte habe jede andere Unmöglichkeit der Annahme zu vertreten als die durch seinen Tod verursachte, oder ob man sagt, jede andere als die so begründete Unmöglichkeit der Annahme habe Annahmeverzug zur Folge. Beim Werkvertrag dagegen kann die Frage, ob die Leistung möglich ist oder nicht, nicht ausschließlich durch das Schicksal der Personen des Bestellers und Unternehmers und auch nicht in erster Linie durch sie bestimmt sein, sondern hängt vielmehr auch davon ab, ob der außerhalb der beiden Persönlichkeitssphären stehende Gegenstand oder Zustand objektiv möglich bleibt. Wenn der Rentier A von dem Maler X porträtiert und der Rentier B von dem Arzt Y operiert werden sollen, so besteht in dem Verhältnis von A und B zu der Leistung ein grundsätzlicher Unterschied. Im Falle der Operation bewegt sich der ganze Leistungsvorgang innerhalb der beiderseitigen Persönlichkeitssphären, in dem anderen Falle tritt zu den beiden Personen des Bestellers und Unternehmers noch das Porträt als objektiver Gegenstand der Leistung hinzu. Daß wenn A und B während der Operation, bezw. während der Herstellung des Porträts sterben, die Leistung unmöglich wird, ist allerdings beide Male in dem Tode des Gläubigers begründet; im Falle der Operation jedoch ist der Tod die unmittelbare, im Falle der Porträtierung dagegen die mittelbare Ursache der

Unmöglichkeit der Leistung. — Will man also nicht in Fällen wie dem einer Operation und ähnlichen die Person des Gläubigers als „Gegenstand der Leistung“ betrachten, so ergibt sich, daß die Dienstleistung nie einen weiteren — uneigentlichen — Gegenstand der Leistung haben kann, oder daß bei der Dienstleistung nie zwischen Gläubiger und Schuldner ein Gegenstand oder Zustand möglich ist, auf dessen Dasein es für die Bewirkung oder die Annahme der Leistung irgendwie ankommen kann. Bestehen z. B. die Dienste in der Beschaffung oder dem Herbeiholen einer Sache, so daß die versprochenen Dienste erst dann „geleistet“ wären, wenn die Sache an den Gläubiger abgeliefert ist, so wird die Leistung nicht erst angenommen, wenn die Sache vom Gläubiger entgegengenommen wird, oder, anders ausgedrückt: die Entgegennahme der Sache ist keine Leistungsannahmehandlung, und der Gläubiger kommt nicht deshalb in Verzug der Annahme der Dienstleistung, weil er die Sache nicht annimmt, sondern allenfalls aus dem Grunde, weil er eine zur Bewirkung der Dienstleistung erforderliche Mitwirkungshandlung nicht vornimmt. Die Dienstleistung als solche bedarf, auch wenn in diesem Falle der Zweck der Dienste an sich es erheischen würde, eines solchen Endes oder Abschlusses nicht.

Vollends kann die Rücknahme solcher Gegenstände, die bei der Ausführung einer Dienstleistung benutzt worden sind, nicht als Annahme der Dienstleistung selbst gelten. Lotmar unterscheidet zwischen solchen „Gegenständen, deren Ablieferung zu der dem Arbeitnehmer obliegenden Hauptleistung gehört oder erst seine Arbeit vollendet“,[82]) und solchen Gegenständen, bei denen dies nicht zutrifft, die Rückgabeverpflichtung vielmehr lediglich eine der „Rechtsfolgen des Endes der Vertragszeit ist, die weder durch Gesetz noch durch besondere Übereinkunft von außen jenem Ende angefügt sind, sondern sich sozusagen naturgemäß aus dem Arbeitsverhältnis und seinem Ende ergeben“.[83]) Die Rückerstattung oder Ablieferung solcher Gegenstände sei allerdings eine „dem Arbeitnehmer aus dem

---

[82]) Lotmar a. a. O. Bd. 1 S. 379.
[83]) Lotmar a. a. O. S. 652 f.

Arbeitsvertrag obliegende Leistung";[84]) aber wenn so auch für die Verpflichtung[85]) zu dieser Leistung „der Arbeitsvertrag den Rechtsgrund bilde",[86]) so werde die Rückerstattungspflicht doch erst „mit Endigung des Arbeitsverhältnisses fällig",[87]) und es „müsse zum Arbeitsvertrag noch diese Tatsache (der Endigung des Arbeitsverhältnisses) hinzukommen, um ihn zum zureichenden Rechtsgrund oder um die Rechtsfolge der Rückerstattungspflicht fällig zu machen".[88])

Die Rückerstattung von solchen, mit der Dienstleistung lediglich durch das rein äußerliche Moment der Benutzung bei deren Ausführung (übrigens, da die Dienstleistung ohne Zuhilfenahme dieser „Werkzeuge" nicht ausführbar wäre, tatsächlich aufs allerengste) verknüpften Gegenständen ist demnach eine Leistung, die als solche mit der vertraglichen Hauptleistung nichts zu tun hat, vielmehr mit dem Augenblick des Bestehens der Verpflichtung zur Rückgabe oder Ablieferung völlig selbständig ist, wie wenn die Hauptleistung oder Verpflichtung überhaupt nicht bestände bezw. bestanden hätte, und von deren Erfüllung oder Nichterfüllung insbesondere auch nicht die Frage berührt wird, ob die Hauptleistung erfüllt ist oder nicht. Ebenso stehen die fraglichen Gegenstände selbst außerhalb jeder Beziehung zur Leistung, der Ausgleich zwischen Leistung und Gegenleistung vollzieht sich ganz unabhängig von ihrem Schicksal, wie denn auch die Verpflichtung zu ihrer Rückerstattung spur- und wirkungslos verschwinden müßte mit dem Moment, da die sonst zurückzugebenden Gegenstände nicht mehr vorhanden wären, da der Tatbestand dieser Verpflichtung einzig auf der Existenz, dem Dasein dieser Gegenstände und ihrer gegenwärtigen örtlichen oder rechtlichen Lage beruht.

Hiernach muß also ein körperlicher Gegenstand, um „Gegenstand der Leistung" auch nur im uneigentlichen Sinne zu sein, mit der Leistung unmittelbar derart verknüpft sein, daß eine

---

[84]) Lotmar a. a. O. S. 244.
[85]) Lotmar a. a. O.; vgl. auch Dernburg a. a. O. § 307 III.
[86]) Lotmar a. a. O. S. 653.
[87]) Lotmar a. a. O. S. 244, 2.
[88]) Lotmar a. a. O. S. 244 a. E.

Veränderung seiner Lage oder Beschaffenheit im weitesten Sinne (rechtliche, örtliche Lage, Qualität, Quantität) auf die Bewirkung der Leistung unmittelbar einzuwirken geeignet ist. Insbesondere ist „Gegenstand der Leistung" auch der Gegenstand, dessen Anbieten ein Angebot der Leistung und dessen Annahme eine Leistungsannahme involviert. Und wenn oben[89]) bereits angedeutet wurde, daß nur ein „Gegenstand der Leistung" abgenommen werden könne, so läßt sich das nunmehr dahin präzisieren, daß ein Gegenstand nur abgenommen werden kann im Sinne des Gesetzes (§§ 433, 2 u. 640, 1), wenn zugleich auch seine Annahme geeignet ist, eine Leistungsannahme zu involvieren, oder m. a. W., ein Gegenstand, durch dessen Annahme der Gläubiger nicht auch die Annahme der Leistung aus dem konkreten Schuldverhältnis, sei es ganz oder zum Teil, zu betätigen vermöchte, kann auch nicht abgenommen werden.

Aber wenn auch beide sich auf den „Gegenstand der Leistung" beziehen, so unterscheiden sich Annahme und Abnahme doch grundlegend dadurch, daß die Annahme den „Gegenstand der Leistung" nur insoweit erfaßt, als sich in ihm Verpflichtungen des Leistenden gegenüber dem Annehmenden vergegenständlichen, während die Abnahme sich allerdings auch nur auf einen Gegenstand beziehen kann, der zugleich Gegenstand der Leistung ist, aber von der Frage, ob sich in dem Gegenstande auch tatsächlich Leistungsverpflichtungen vergegenständlichen, völlig absehen kann. Man könnte den Unterschied auch so formulieren, daß die Abnahme nur einem „Gegenstande der Leistung" im uneigentlichen Sinne gelten kann, die Annahme dagegen auch den „Gegenstand der Leistung" im uneigentlichen Sinne nur so weit erfaßt, als er Träger des „Gegenstandes der Leistung" im eigentlichen Sinne, also des Zustandes ist, in dem er sich der Leistungsverpflichtung gemäß befinden soll. Es läßt sich daher die Abnahme weder einerseits von der Leistungsannahme, noch andererseits von dem Leistungsgegenstande als solchem völlig trennen, und es wäre durchaus verkehrt, wollte man die Abnahme zum Unterschiede von der Annahme gänzlich

---

[89]) vgl. oben S. 15.

aus dem Zusammenhange des Leistungsablaufes loslösen, um auf diesem Wege die Abnahmepflicht des Käufers und Werkbestellers als mit dem Grundsatze, daß der Gläubiger nicht zur Annahme der Leistung verpflichtet ist, nicht im Widerspruch stehend zu erklären. Soweit vielmehr der „Gegenstand der Leistung" (im uneigentlichen Sinne), der seinerseits wiederum der Gegenstand der Abnahme [90]) ist, mit der Leistung zu tun hat, soweit natürlich auch die Abnahme selbst. So kann z. B. der Abnahmepflichtige die Abnahme verweigern, wenn der sonst abzunehmende Gegenstand nicht der Leistungsverpflichtung entspricht, was ausgeschlossen wäre, wenn es nicht eben der Gegenstand der Leistung, wenn auch nur im uneigentlichen Sinne wäre, was abzunehmen ist. Dagegen kann der rücknahmepflichtige Deponent oder Dienstherr nicht die Rücknahme des Depositums bezw. des zur Ausführung der Dienstleistung benutzten Gegenstandes verweigern, weil die betreffenden Gegenstände nicht in dem Zustande wären, in dem sie in Verwahrung gegeben wurden oder nach ordnungsmäßigem Gebrauche sein müßten. Andererseits aber kann auch der Abnahmepflichtige mit der Folge der Befreiung von dieser seiner Verpflichtung abnehmen, ohne nach dem obligationsmäßigen Zustande des Gegenstandes zu fragen. [91])

Aus dem Zusammenhang der vorstehenden Untersuchung über den Gegenstand der Leistung ergibt sich endlich noch die Frage, was denn eigentlich bei der Abnahmeleistung als Gegenstand dieser Leistung selbst und als solcher zu betrachten ist. Ist die Abnahmeleistung überhaupt eine Sachleistung oder Gegenstandsleistung in jenem engeren oder uneigentlichen Sinne, in dem es u. a. die Verkäuferleistung ist, oder gehört sie zu der Gruppe der sogen. Dienst- oder Arbeitsleistungen, so daß sie nur im weiteren Sinne unter den Oberbegriff der Gegenstandsleistung im eigentlichen Sinne fallen würde? [92]) Träfe das letztere

---

[90]) vgl. unten S. 69ff.

[91]) Das Nähere hierüber vgl. im letzten Kapitel.

[92]) vgl. oben S. 17ff.

zu, so würde der abzunehmende Gegenstand — Kaufsache oder Werk — nicht Gegenstand der Abnahmeleistung, auch nicht in dem hier besprochenen uneigentlichen Sinne sein, sondern für die Abnahmeleistung ebensowenig irgendwelche Bedeutung haben, wie bei der Dienstleistung im engeren Sinne die bei deren Ausführung benutzten oder hervorgebrachten Gegenstände. Tatsächlich handelt es sich bei der Abnahmeleistung gar nicht darum, daß der abzunehmende Gegenstand in irgendeinen bestimmten Zustand gebracht oder mit ihm in irgendwie bestimmter Weise verfahren werde, so wie es etwa dem Wesen des Kaufes entspricht, daß der Verkäufer dem Käufer das Eigentum an der Kaufsache verschafft und diese übergibt, sondern es kommt lediglich darauf an, daß die abzunehmende Sache nach vollzogener Abnahmeleistung eben abgenommen ist. Ob sie in diesem Augenblick noch vorhanden, oder ob sie vernichtet, wo und wie beschaffen sie ist, geht den Verkäufer oder Unternehmer nichts an. Dieser kann nicht fordern, daß der abzunehmende Gegenstand nach der Abnahme sich in einem bestimmten Zustand befindet, während allerdings der Käufer z. B. fordern kann, daß die Kaufsache nach vollzogenem Kauf sein Eigentum und ihm übergeben ist. Der Anspruch des Verkäufers oder Unternehmers geht vielmehr dahin, daß nach der Abnahme ihm die Kaufsache bezw. das Werk abgenommen, er insoweit davon befreit ist. Während der Käufer z. B. fordern kann, daß infolge der Verkäuferleistung gewisse tatsächliche und rechtliche Beziehungen — letztere sowohl dinglicher als auch obligatorischer Natur — bezüglich der Kaufsache zu seinen Gunsten — positiv — entstehen, fordert der Verkäufer oder Unternehmer (von dem abnahmepflichtigen Käufer bezw. Besteller), daß solche Beziehungen zu seinen Gunsten[93]) — negativ — gelöst werden bezw. aufhören. In jenem positiv und diesem negativ erschöpft sich im Grunde

[93]) Die Abnahme kann als Leistung nicht zu eigenen Gunsten des Leistenden sein, und der Abnahmepflichtige ist nicht verpflichtet, zu seinen eigenen Gunsten zu handeln, sondern die Abnahme hat als Leistungspflicht nur Sinn, wenn sie zugunsten des Berechtigten besteht; der Begriff der Abnahme muß sich also auf die dem Abnahmeberechtigten günstigen Momente stützen.

der ganze Unterschied zwischen der Abnahmeleistung und einer Gegenstandsleistung im engeren Sinne, wie es die Verkäuferleistung ist, und man könnte daher wohl von der Abnahmeleistung als einer „negativen", im Gegensatz z. B. zu der Verkäuferleistung als der „positiven Gegenstandsleistung" im engeren Sinne reden.

Greifen wir zur näheren Erläuterung noch einmal auf den früheren Vergleich zwischen der Abnahmeleistung und der Rücknahmeleistung, z. B. des Dienstherrn oder auch des Hinterlegers, zurück, so ist nun zu fragen, ob auch diese Rücknahmeleistung zusammen mit der Abnahmeleistung unter den gemeinsamen Begriff der negativen Gegenstandsleistung im engeren Sinne fallen, oder wie auch diese ihrerseits sich wieder voneinander unterscheiden. Zunächst, kann die Rücknahmeleistung überhaupt als negative Gegenstandsleistung im engeren Sinne gelten?

Wir haben bereits festgestellt, daß die Rücknahme- bezw. Rückgabeleistung sich ganz außerhalb des Rahmens der Hauptleistung[94]) vollzieht, zwecks deren Ausführung sich der zurückzugebende bezw. -zunehmende Gegenstand in dem Verfügungsbereiche des Rückgabepflichtigen tatsächlich dergestalt befindet, daß er von diesem zurückgegeben werden kann und muß: so wenig der verwahrte oder der bei der Dienstleistung benutzte oder hervorgebrachte Gegenstand Gegenstand der Verwahrungs- bezw. der Dienstleistung im engeren Sinne war, so wenig hat die an diese sich anschließende Rückgabe oder Rücknahme eines solchen nicht den Gegenstand der Hauptleistung bildenden Gegenstandes mit der Verwahrungs- bezw. Dienstleistung selbst zu tun. Es handelt sich vielmehr bei der Rücknahme lediglich um die tatsächliche Beseitigung eines bloß tatsächlichen Zustandes,

---

[94]) vgl. S. 65 f.; bezüglich des Verwahrungsvertrages vgl. insbesondere Lotmar a. a. O. Bd. 1 S. 559/60: „Die Sache wird aus einer zu verwahrenden ... zu einer nur noch zurückzugebenden"; Idem a. a. O. S. 560, 1: „Das Verwahrungsverhältnis endigt nicht erst, wie Planck (a. a. O. S. 706 f. Bem. 1 zu § 695) meint, mit der Rückgabe der hinterlegten Sache, denn das Verlangen der Rückgabe selbst endigt das Verwahrungsverhältnis, das als faktisches fortbestehen kann, nachdem es als Rechtsverhältnis erloschen ist".

der sich als bloß tatsächliche Folge des Rechtsverhältnisses — Verwahrungs- bezw. Dienstverhältnisses — nach dessen Beendigung durch die Forderung der Rückgabe bezw. durch Kündigung ergeben hatte. Der rechtliche Grund, kraft dessen der Rückgabepflichtige während der Erfüllung seiner Hauptverpflichtung den nunmehr zurückzugebenden Gegenstand besessen hatte, ist in dem Augenblicke weggefallen, da das Rechtsverhältnis durch Rückgabeforderung, Kündigung oder Zeitablauf erlosch, so daß es sich also auch nicht einmal mehr um die Aufhebung des eventuellen Besitzverhältnisses handeln kann. Es bleibt also der rein tatsächliche Zustand, dessen Aufhebung durch die Rückgabe bezw. Rücknahme als Leistung den zurückzugebenden bezw. -zunehmenden Gegenstand nicht wohl auch nur negativ in dem Sinne zum „Gegenstand der Leistung" haben kann, wie die Kaufsache sich als Gegenstand positiver Gegenstandsleistung im engeren Sinne bezeichnen läßt.

Der Begriff der „negativen" Gegenstandsleistung, als die wir oben die Abnahme bezeichnet haben, hat eben nur Sinn in der Beziehung zu einer entsprechenden positiven Gegenstandsleistung: dieses „positiv" und jenes „negativ" bestehen und erklären sich nur gegenseitig. Wo, wie beim Dienst- oder Verwahrungsverhältnis, keine Gegenstandsleistung im engeren Sinne als Hauptleistung vorliegt, da kann auch nicht von der Rücknahmeleistung als entsprechender negativer Gegenstandsleistung im engeren Sinne gesprochen werden. Wohl aber hat diese Unterscheidung ihren guten Sinn, wo es sich um eine Leistung in bezug auf den Gegenstand einer anderen Leistung von der Gegenseite her innerhalb desselben Vertragsverhältnisses handelt, wie beim Kauf- und Werkvertrag. Hier wiederholt sich eben in ganz formaler Weise dieselbe Schwierigkeit, die uns in den früheren Kapiteln schon in Gestalt des materiellen Widerstreites zwischen Gläubigerrecht und Schuldnerpflicht beschäftigte: wie eine Person nicht derselben Person gegenüber zugleich Schuldner und Gläubiger in bezug auf die gleiche Handlung sein kann (sondern eben die Handlung in beiden Fällen einen anderen tatsächlichen Inhalt haben muß), so kann auch nicht der gleiche Gegenstand von Schuldner und Gläubiger zugleich — unkorrekt

ausgedrückt — „geleistet“ werden, d. h. nicht im gleichen Sinne „Gegenstand der Leistung“ in bezug auf Leistungen sowohl von der Schuldner- als auch von der Gläubigerseite sein. Und wenn die Abnahme den Gegenstand der Leistung der Gegenseite betrifft, so kann dieser Gegenstand nicht auch in gleichem Sinne Gegenstand der Abnahmeleistung sein. Denn es gehört zum Wesen der Gegenstandsleistung in dem besprochenen engeren Sinne, daß sie eben den Gegenstand der Leistung stetig in der Richtung vom Schuldner her zum Gläubiger hin — im rechtlichen, örtlichen oder sonst tatsächlichen Sinne — fortbewegt. Würde trotzdem die Abnahmeleistung als eine Gegenstandsleistung im engeren oder uneigentlichen Sinne anzusehen sein, so könnte sie eben dies doch nur als negative Gegenstandsleistung in begrifflicher Verbindung mit der entsprechenden positiven Gegenstandsleistung der Gegenseite sein.

Wir haben also — um es noch deutlicher zu machen — den Tatbestand, daß derselbe Gegenstand der uneigentliche „Gegenstand der Leistung“ für zwei Leistungen sein soll und doch jede dieser beiden Leistungen die Verpflichtung des auf die andere Leistung Berechtigten bildet. Handelte es sich nun beide Male um Gegenstandsleistungen der gleichen Art, so ergäbe sich ein unlöslicher Widerspruch, da von beiden Seiten her sich der Gegenstand in entgegengesetzter Richtung vom Schuldner her zum Gläubiger hin zu bewegen hätte. Dem kann man auch nicht einfach mit dem Hinweis darauf begegnen, daß in Wirklichkeit doch beim Kauf — um bei dem einfacheren Beispiel zu bleiben — die Kaufsache in rechtlicher, tatsächlicher und zumeist auch irgendwie in örtlicher Beziehung durch die Leistung seitens des Verkäufers zu dem Käufer hin bewegt wird, und die Abnahmeleistung sich auch nur in dieser gleichen Richtung bewegt. Denn diese Tatsache ist es ja eben, was in dieser ganzen Frage die Schwierigkeiten bereitet: Wie kommt der Käufer dazu, die Bewegung des Gegenstandes der Verkäuferleistung auf sich selbst hin (als Schuldner der Abnahme) mitzumachen?

Ganz anders verhält es sich mit der Verwahrungsleistung, die als sogen. Dienstleistung, und zwar als typische Zustandsleistung im Gegensatz zur Gegenstandsleistung zu gelten hat.

Der zu verwahrende Gegenstand unterliegt infolge der Verwahrungsleistung keiner Veränderung zugunsten des Hinterlegers. Es fehlt bei der Verwahrungsleistung durchaus die Bewegung des in Verwahrung befindlichen Gegenstandes vom Verwahrer auf den Hinterleger hin, es besteht vielmehr kraft der Verwahrungsleistung ein bloßer rechtlich-tatsächlicher Zustand, und obwohl die Verwahrungsleistung einen bestimmten zu verwahrenden Gegenstand bedingt, ist sie doch keine Gegenstandsleistung in jenem engeren oder uneigentlichen Sinne wie die Verkäuferleistung, sondern eine Dienst- oder Arbeitsleistung bezw. Zustandsleistung. Daher kann aber auch die Rücknahme des verwahrten Gegenstandes als Leistung eine Bewegung dieses Gegenstandes nicht mitmachen, die ja doch von dem Verwahrer aus gar nicht stattfindet. Zwischen der Verwahrungs- und der Rücknahmeleistung besteht vielmehr eine trennende Lücke, die hier in der Regel durch die Rückgabe- bezw. Rücknahmeforderung, die nichts anderes als eine qualifizierte Kündigung[95]) des Verwahrungs- („Dienst"-) Verhältnisses bedeutet, entsteht und durch den bloß tatsächlichen Zustand nach erfolgter Kündigung ausgefüllt wird. Wenn nach Lotmar[96]) durch das Verlangen der Rückgabe „die Sache aus einer zu verwahrenden ... zu einer nur noch zurückzugebenden" wird, so findet dagegen beim Kauf- oder Werkvertrag eine solche Verwandlung der Kaufsache bezw. des Werkes in einen nur noch abzunehmenden Gegenstand nicht statt. Sondern, bevor die Abnahmeleistung nicht bewirkt, ist auch die Verkäuferleistung in ihrem ganzen Umfange nicht abgeschlossen, und es kann auch davon nicht die Rede sein, daß das Kauf- oder Werkverhältnis etwa, wie nach Lotmar das Verwahrungsverhältnis, als Rechtsverhältnis erlöschen könnte, um dann als faktisches Verhältnis bis zu dessen Abschluß durch die Abnahme fortzubestehen, so einleuchtend es auch auf den ersten Blick erscheinen mag, das Kauf- bezw. Werkvertragsverhältnis als solches dann, wenn es

---

[95]) Dagegen Planck a. a. O. S. 706 f. Bem. 1 zu § 695; gegen Planck Lotmar a. a. O. S. 559 f.; vgl. auch Anm. 94.

[96]) vgl. Anm. 94.

sich nur noch um die Abnahme handelt, für beendet gelten und nur eine Art faktischen Verwahrungs- und Fürsorgeverhältnisses bestehen zu lassen, das dann seinerseits nur noch des Abschlusses durch die Abnahme bedürfen würde. Auch fehlt ja beim Kauf- und Werkvertragsverhältnis, bei letzterem wenigstens sobald es bis zur Vollendung des Werkes gediehen ist, das Moment der Kündigung, das weder in der Mahnung, die Kaufsache oder das Werk abzunehmen, noch auch in dem bloßen Angebot der Kaufsache oder des Werkes zur An- und eventuellen Abnahme erblickt werden kann. Nur aber, wo eine Kündigung oder ein kündigungsähnlicher Vorgang stattfindet, kann jene Trennung in zwei völlig verschiedene Phasen eintreten, deren erste das Rechtsverhältnis bis zu seinem Abschluß umfaßt, so daß für die zweite nur das faktische Verhältnis übrig und als solches bestehen bleibt.

Übrigens würde selbst dann, wenn man in der Verwahrungsleistung eine Bewegung des zu verwahrenden Gegenstandes vom Verwahrer zum Hinterleger hin erblicken wollte, die Rücknahmeleistung doch nicht den Sinn haben können, daß sie diese Bewegung mitmachte. Dem äußeren Anscheine nach allerdings durchaus. Denn die Rücknahme bezw. die ihr völlig korrespondierende Rückgabe bewegt ja den bisher verwahrten, also dem Hinterleger, wenn auch zu seinen Gunsten, entzogenen Gegenstand gerade wieder vom Verwahrer zum Hinterleger zurück. Und schließlich ist es doch auch der Zweck des ganzen Rechtsverhältnisses, nicht daß der Verwahrer ewig verwahrt, sondern daß der betreffende Gegenstand dank der Verwahrung möglichst unversehrt wieder an den Hinterleger gelange. Die Rückgabe[97]) bezw. Rücknahme gehört also materiell sehr wohl zu der Verwahrung, die regelmäßig ohne sie eben materiell ihren Zweck nicht erfüllen, ihr Ziel nicht erreichen würde. Formell aber ist sie das gerade Gegenteil, der direkte Gegensatz zur Verwahrung. Denn diese hört ja als Leistung gerade auf, schließt

---

[97]) Der Gesichtspunkt, daß Rückgabe und Rücknahme sich im Gegensatz zur Übergabe und Abnahme völlig decken, wird im letzten Kapitel noch eingehend zu würdigen sein (vgl. unten S. 84ff.).

als solche ab, wenn es an die Rückgabe des bis dahin verwahrten Gegenstandes geht. Und hier tritt nun der Unterschied zwischen der Verwahrungs- und der Rücknahmeleistung einerseits und der Verkäufer- und Abnahmeleistung andererseits, soweit er eben zur Klärung des Verhältnisses zwischen diesen beiden letzteren Leistungen dienen mag, aufs deutlichste zutage.

Die Leistung des Verwahrers geht auf die Verwahrung, die Leistung des Verkäufers auf Eigentumsverschaffung und Übergabe. Auch der Verwahrer ist zur Rückgabe verpflichtet, und diese seine Verpflichtung besteht von dem Augenblick an, da ihm die Sache vom Hinterleger zur Verwahrung übergeben worden ist. Sie ist auch durchaus keine eventuelle Verpflichtung nur für den Fall, daß die Verwahrung einmal ein Ende findet; denn dieses Ende selbst ist keine Eventualität, sondern eine Gewißheit, da es keine obligatorische Verpflichtung von an sich unbegrenzter Dauer gibt, wenn auch ihr Endtermin selbst nicht von Anfang an festzustehen braucht. Irgendwann einmal muß also die verwahrte Sache zurückgegeben werden, jedoch immer nur dann, wenn die Verwahrungsleistung als solche beendigt und erledigt ist. Nicht aber auch, weil er zur Verwahrung verpflichtet, ist der Verwahrer zur Rückgabe verpflichtet, sondern weil die Verwahrungsverpflichtung irgendwann einmal aufhören und damit der Rechtsgrund wegfallen muß, auf Grund dessen der Verwahrer die verwahrte Sache besitzt. Gibt der Verwahrer nach beendeter Verwahrung die Sache nicht zurück, so handelt er nicht seiner Verwahrungspflicht entgegen und kann weder in den Leistungsverzug der Verwahrung kommen noch auch des Anspruches auf Vergütung für die geleistete Verwahrung verlustig gehen. Der Verkauf dagegen ist als Leistung nicht bewirkt, bevor nicht die Sache übergeben ist. Beim Kaufe stimmt daher, im Gegensatze zur Verwahrung, materiell der Zweck mit dem formalen Inhalte des Schuldverhältnisses überein.[98])

---

[98]) Es verdient in diesem Zusammenhange noch hervorgehoben zu werden, daß auch bei der Verwahrung eine „Übergabe" in Frage kommt: „Durch den Verwahrungsvertrag wird der Hinterleger verpflichtet, eine ihm von dem Hinterleger übergebene bewegliche Sache aufzubewahren (§ 688). Der Verwahrungsvertrag ist ein Realkontrakt, und die Übergabe

Vergleichen wir nun noch speziell die Rücknahme mit der Abnahme, so besteht auch hier der gleiche Unterschied wie zwischen Rückgabe und Übergabe, so daß also die Rücknahme mit der Verwahrungsleistung nichts zu tun hat und die Verwahrungsleistung insoweit bewirkt ist, wenn die Rücknahme eintritt, die Abnahme dagegen mit zur Abwicklung des Kauf-(Verkauf-)Verhältnisses selbst gehört, so zwar, daß auch die Leistung des Verkäufers nicht perfekt ist, solange die Abnahme nicht erfolgt.

Dies alles kann bei der Verwahrung gar nicht Platz greifen. Der Verwahrer kann allerdings die Rücknahme verlangen (§ 696), und zwar, wenn eine Zeit für die Aufbewahrung nicht bestimmt ist, jederzeit und auch anderenfalls dann, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Aber dieses Verlangen des Verwahrers hat nicht zum Ziele, eine das Ende seiner Verwahrungsleistung herbeiführende Handlung des Hinterlegers erst zu veranlassen, sondern es bedeutet selbst und an und für sich allein schon das Ende seiner Verwahrungsleistung, das er also selbst und selbständig, je nachdem jederzeit oder beim Vorliegen eines wichtigen Grundes, herbeiführen kann. Der Verkäufer dagegen, der vom Käufer Abnahme fordert, muß allerdings, wenn er sich nicht berechtigter Weigerung von seiten des Käufers aussetzen will, alles getan haben, was er bis dahin von sich aus tun konnte, hat aber trotzdem — ohne die Abnahme von seiten des Käufers — noch nicht geleistet, sondern ist zur vollständigen Bewirkung seiner Leistung auf die Mitwirkung des Käufers angewiesen. Während sich also die Verwahrungsleistung als solche, nachdem einmal der Realvertrag durch die Übergabe von seiten des

---

ist Voraussetzung, daß der Vertrag perfekt wird, ohne daß jedoch der Hinterleger aus dem Verwahrungsvertrage selbst zur Übergabe verpflichtet wäre. Wie aber so die Übergabe selbst erst den Beginn des Verwahrungsvertrages herbeiführt, so knüpft sich die ihr auf der Hinterlegerseite entsprechende Rücknahme wie die Rückgabe von seiten des Verwahrers erst an das Ende der Vertragszeit bezw. des Rechtsverhältnisses an. Durch die Übergabe versetzt sich allerdings der Hinterleger in die Lage, die übergebene Sache auch wieder zurücknehmen zu müssen, aber alles dies spielt sich doch nur außerhalb des Vertragsverhältnisses oder, zeitlich ausgedrückt, vor und nach der Verwahrung ab.

Hinterlegers zustande gekommen ist, ganz unabhängig von dem Hinterleger vollzieht, kann beim Kauf die Leistung, die wir als die Verkäuferleistung bezeichneten, nur durch ein Zusammenwirken des Käufers mit dem Verkäufer zustande kommen.

Im letzten Kapitel wird der Knoten, der hier geschürzt ist, indem die Abnahme — im Gegensatz zur Rückgabe — Rücknahme beim Dienst- und insbesondere Verwahrungsverhältnis — aufs engste in den ganzen Leistungszusammenhang des Vertragsverhältnisses hinein verknüpft wurde, wieder zu lösen sein. In dem Verhältnis zwischen Ablieferung und Abnahme werden wir ein der Rücknahme-Rückgabebeziehung, bei aller grundsätzlichen Verschiedenheit, vielfach ähnliches Verhältnis finden, das die Handhabe für die Lösung darbietet.

§ 9.

Die Abnahmepflicht des Käufers und Werkbestellers.

Zur Frage nach dem Umfange der Abnahmepflicht beim Kauf hat vor allem das Reichsgericht in mehreren Entscheidungen wertvolles Material geliefert. Hier ist es zweifellos bahnbrechend vorangegangen, während seine Auffassung von der Abnahme beim Werkvertrag — als realer Übernahme verbunden mit Annahme als Erfüllung — sich durchaus in den Bahnen der herrschenden Meinung bewegt, es sei denn, daß sich in der, in der Entscheidung des VII. Zivilsenats v. 9. 4. 1907[99]) enthaltenen Wendung: „Wenn man überhaupt oder wenigstens den Begriff der Abnahme auf die tatsächliche Hinwegnahme und Inbesitznahme des Werkes beschränkt", bereits eine Wandlung der Anschauung ankündigte.

Die erste grundlegende Entscheidung ist in dem Urteil v. 9. 12. 1902[100]) enthalten, wo es heißt: „Unter Abnahme in § 433 Abs. 2 BGB. ist zu verstehen die rein körperliche Hinwegnahme der Kaufsache — deren auferre —, um die tatsächliche Verfügungsgewalt zu erhalten und den Verkäufer von der Kauf-

[99]) vgl. JurW. 1907 S. 331.
[100]) RGE. Bd. 53 S. 161 ff.

sache zu entlasten". Und weiter: „. . . Die Kaufsache muß zur körperlichen Wegnahme bereitstehen, sei es unmittelbar in Händen des Verkäufers, sei es mittelbar in Händen eines Dritten, der dieselbe zur Verfügung des Verkäufers bereithält". In dem Urteil v. 22. 12. 1903[101]) ist dann noch bezüglich der Abnahme beim Gattungskauf im besonderen ausgeführt, „die Erfüllung der Verpflichtung auf Abnahme setze begrifflich voraus, daß die Ware zur körperlichen Wegnahme bereit sei, weshalb die Leistungsklage auf Erfüllung dieser Abnahmeverpflichtung so lange überhaupt nicht begründet sei, als sie nicht auf Abnahme bereits vorhandener, zur Ablieferung bereiter Ware gerichtet sei, . . . unbegründet sei insbesondere auch eine Leistungsklage auf künftige Abnahme einer noch nicht zur Ablieferung bereiten Ware gegen deren künftige Ablieferung". Endlich ist dann noch in einem Urteil v. 2. 2. 1906[102]) für einen besonderen Fall die Abnahme als „Wegnahme der bereitgestellten Ware von dem Platze ihrer Lagerung" definiert.

Der Standpunkt des Reichsgerichts ist also äußerst klar und scharf präzisiert. Das Reichsgericht beschränkt — und die Tendenz zur Einschränkung der Abnahmepflicht ist hier unverkennbar — die Verpflichtung des Käufers zur Abnahme auf den Fall, daß die Kaufsache zur Wegnahme unmittelbar körperlich bereitliegt, und auch dann ausschließlich auf die bloße körperliche Wegnahme der Kaufsache von dem Platze ihrer Lagerung. Irgendeine andere Leistung kann auf Grund der Abnahmeverpflichtung aus § 433, 2 vom Käufer nicht gefordert werden. Eine Kaufsache, die noch nicht hergestellt, angeschafft oder zusammen- und bereitgestellt wäre, so daß sie ohne weiteres vom Käufer weggenommen werden könnte, ist nicht abnahmefähig, mag, was ihr zur Abnahmefähigkeit fehlt, auch noch so einfach und sicher zu bewirken sein. Ob allerdings bei einem Gattungskaufe die Kaufsache, um abnahmefähig zu sein, bereits ausgeschieden sein muß, richtet sich in der Auffassung des Reichsgerichts nach der Lage des einzelnen

---

[101]) RGE. Bd. 56 S. 173ff.

[102]) vgl. Recht Bd. 10 S. 372 Nr. 916.

Falles, und zwar danach, ob im Einzelfalle die Ausscheidung mit zur Bereitstellung der Kaufsache zur Abnahme gehört. In dem Urteil v. 9. 12. 1902 wird zuerst die Frage aufgeworfen, „ob beim Gattungskaufe zum Eintritt dieses (scil. des Abnahme-) Verzuges als Schuldnerverzuges nicht ein vorheriges Ausscheiden der Ware erforderlich sei, weil erst dann das körperliche Wegschaffen unbedingt möglich ist,[103]) oder „ob dazu ein Bereitstehen der Ware zur körperlichen Wegnahme zureiche".[104]) Während nun in dem zuersterwähnten Urteil v. 9. 12. 1902 die Frage, ob ein Ausscheiden erforderlich sei, nur angeregt ist, wird sie in dem zweiten Urteil v. 22. 12. 1903 eingehender erörtert und in gewissem Sinne beantwortet. Die beklagte Partei machte nämlich geltend, daß der Kläger die Ware, deren Abnahme verlangt werde, gar nicht bereit habe, wogegen der Kläger einwendete, daß er in angemessenen Fristen sukzessiv nach seinem Belieben aus seinen eigenen Werken oder von dritter Hand bezogene Ware liefern könne. Das auf Abnahme lautende Urteil der Vorinstanzen wurde vom Reichsgericht mit der Begründung aufgehoben, daß die Ware zur Abnahme nicht tatsächlich bereitstehe, insofern also nicht abnahmefähig sei. Die Frage, ob Ausscheidung erforderlich, ist also hier nur bis zu einem gewissen Punkte geklärt: es ist gesagt, daß eine Gattungssache nicht abnahmefähig sei, die noch nicht hergestellt oder angeschafft, insofern also aus der überhaupt vorhandenen oder möglichen Masse von Waren dieser Gattung noch nicht ausgeschieden sei. Wie aber nun, wenn es sich um ein im Eigentum des Verkäufers stehendes Lager, also eine insoweit bereits abgegrenzte und aus der überhaupt möglichen Masse ausgeschiedene Gesamtheit von Ware dieser Gattung handelt, aus der heraus der Käufer eine Quantität gekauft hat und nun abnehmen soll? Muß hier nun auch die gekaufte Quantität aus dem Lager ausgeschieden und abgetrennt sein, um abnahmefähig zu sein? Oder genügt zur Abnahmefähigkeit das Bereitstehen der Quantität im Rahmen des Lagers des Verkäufers? Diese Frage wird in

---

[103]) RGE. Bd. 53 S. 163.
[104]) RGE. Bd. 56 S. 175.

dem Urteil des Reichsgerichts v. 29. 3. 1904[105]) berührt, und es scheint, als ob das Reichsgericht der Ansicht wäre, daß das Bereitstehen der Ware auf dem Lager des Verkäufers in der Regel genüge, um unter den übrigen Voraussetzungen Abnahmeverzug herbeizuführen.

Ebenso soll der gleichen Entscheidung zufolge das Angebot der Quantität aus dem begrenzten Vorrat des Verkäufers genügen, um Annahmeverzug als solchen herbeizuführen, ohne daß in dem Angebot — nach § 295 — mit ausgedrückt wäre, daß die Ware aus dem Vorrat ausgeschieden ist. Nur die Gefahr soll bei einem auf ein derartiges Angebot folgenden Annahmeverzuge nicht übergehen, sondern nur dann, wenn die Quantität als ausgeschieden angeboten und die erfolgte Ausscheidung selbst kenntlich gemacht ist und nun die so angebotene Ware nicht angenommen wird. In der Tat läßt der Wortlaut von § 300, 2 diese Auslegung durchaus zu. Denn wenn es dort heißt: die Gefahr gehe mit dem Zeitpunkt auf den Gläubiger über, „in welchem er dadurch in Verzug kommt, daß er . . .", so ist zu folgern, daß der Gläubiger in bezug auf eine Gattungssache nicht nur selbstverständlich auch noch in anderer Weise — durch Unterlassung einer zur Bewirkung der Leistung erforderlichen Handlung — in Annahmeverzug kommen kann, sondern daß in diesem Falle eben auch die Gefahr noch nicht übergeht. Fälle solchen Annahme- bezw. Gläubigerverzuges können z. B. der Abruf- oder auch der Spezifikationsverzug darstellen. Wie es sich im Falle der Holschuld verhält, kann zweifelhaft erscheinen. Daß in diesem Falle zum Übergang der Gefahr „ein — wenn auch zeitlich nach der Ausscheidung der Sache liegendes — allgemeines Bereiterklären zur Lieferung nicht genügt, sondern vielmehr dem Gläubiger erkennbar gemacht werden muß, daß die Ausscheidung der Sache stattgefunden hat, und daß die ausgeschiedene Sache ihm angeboten wird,[106]) ist dem Reichsgericht ohne weiteres zuzugeben.[107]) Die Frage ist nur, ob der

[105]) RGE. Bd. 57 S. 402ff.

[106]) RGE. Bd. 57 S. 404.

[107]) vgl. auch Heilfron, Recht der Schuldverhältnisse S. 414; abweichend Fischer-Henle, BGB. Anm. 5 zu § 300.

Gläubiger, der vom Schuldner nur aufgefordert wird, die geschuldete Quantität abzuholen, und darauf nichts tut, um die Sache abzuholen, überhaupt in Annahmeverzug — ohne Gefahrübergang — gerät. Das ist zweifellos dann der Fall, wenn die Quantität tatsächlich zur Zeit der Abholung ausgeschieden war. Aber auch wenn die Quantität noch in dem Vorrat mit diesem vermengt enthalten ist, kann m. E. die bloße Aufforderung zur Abholung Annahmeverzug herbeiführen. Es handelt sich z. B. um ein Brikettlager, von dem A 100 000 Briketts gekauft hat. Ist nun das Brikettlager so aufgeschichtet, daß 100 000 Stück ohne weiteres, d. h. ohne Einzelzählung, weggenommen werden können, so bedarf es jedenfalls keiner besonderen Ausscheidung und Bereitstellung, und wenn der Käufer mit seinen Wagen zur Abholung der 100 000 Briketts kommt, dann braucht ihm der Verkäufer nur die Reihen zu bezeichnen, die er wegzunehmen hat, um 100 000 Briketts zu bekommen. Oder es handelt sich um ein Kohlenlager, von dem der Käufer 20 Karren à 1 cbm gekauft hat. Er kommt mit seinen Karren à 1 cbm Inhalt und lädt 20 Karren von dem ganzen Haufen Kohlen auf. Auch hier kann nicht verlangt werden, daß der Verkäufer von seinem Kohlenhaufen 20 cbm wegnimmt und gesondert aufhäuft und nun erst den Käufer zur Abholung auffordert.[108]) Zweifellos kommt der Käufer, der auf die bloße Aufforderung hin nicht abholt, in Annahmeverzug, wenn er auch die Gefahr für die 20 cbm, die in dem Kohlenhaufen noch mitenthalten sind, nicht trägt. Entsprechendes gilt bezüglich Abnahmeverzuges.

Es sind aber auch Fälle denkbar, in denen ohne tatsächlich erfolgtes Ausscheiden der Quantität aus dem Vorrat des Verkäufers auch An- und Abnahmeverzug nicht eintreten kann, und dann wird mit dem Annahmeverzug auch regelmäßig Gefahrübergang eintreten. Es kommt also durchaus auf die Lage des Falles an, wie weit die Ausscheidung erfolgt sein muß, um die Gattungssache abnahmefähig zu machen; mindestens jedoch muß

---

[108]) Hier hat das Ausscheiden u. U. zugleich die Bedeutung des „Messens und Wägens“ des § 448, sodaß gegebenenfalls auch dieser Paragraph noch zu beachten wäre.

die Kaufsache vom Verkäufer „bereits hergestellt oder angeschafft, in diesem Sinne bereits vorhanden und zur Ablieferung bereit“[109]) sein. Dieser Grundregel möchte ich mich anschließen, zumal sie auch der in dieser Arbeit vertretenen Gesamtauffassung des Verhältnisses zwischen Annahme und Abnahme am besten entspricht.

Von höchstem Interesse ist hierbei der Gedankengang, den das Reichsgericht zur Begründung seiner Auffassung einschlägt, daß nämlich die Leistungsklage auf Grund der Abnahmeverpflichtung nur auf Abnahme bereits vorhandener, zur Ablieferung bereiter Ware gerichtet sein könne. Es konstatiert einen Unterschied in dem Verhältnis von Leistung und Gegenleistung, wie es einerseits zwischen der Kaufpreiszahlung und der Verkäuferleistung und andererseits zwischen der Abnahme und der Ablieferung bestehe.[110]) Auf den Kaufpreis könne der Verkäufer klagen, ohne auch nur in der Klage der ihm obliegenden Gegenleistung Erwähnung zu tun, der Käufer könne dafür — gemäß § 392 — mit der Einrede der nicht bewirkten Gegenleistung Verurteilung auf Kaufpreiszahlung *gegen* die Verkäuferleistung verlangen. Wer auf Abnahme klage, könne jedoch das gleiche nicht für sich geltend machen. „Denn die Ablieferungsbereitschaft des Verkäufers und die Abnahmeverpflichtung des Käufers stehen nicht etwa lediglich in der durch die §§ 320—322 geregelten funktionellen Abhängigkeit von Leistung und Gegenleistung aus einem gegenseitigen Vertrage, sondern die Erfüllung der Verpflichtung auf Abnahme, das ist auf körperliche Hinwegnahme, *setzt begrifflich voraus*, daß die Ware zur körperlichen Wegnahme bereit sei.“[111]) Deshalb ist der auf Abnahme verklagte Käufer nicht darauf beschränkt, mit der Einrede der nicht erfüllten Gegenleistung Verurteilung auf Abnahme *gegen* Ablieferung zu verlangen, sondern er kann, falls die Ablieferungsbereitschaft in dem obigen Sinne auf seiten des Verkäufers fehlt, kurzweg Abweisung der Klage beantragen. Selbstverständlich kann der Verkäufer seinerseits auf Abnahme gegen Ablieferung

---

[109]) RGE. Bd. 57 S. 176.

[110]) vgl. auch unten S. 122ff.

[111]) RGE. Bd. 56 S. 176.

klagen, aber eben nur in dem Falle und in dem Sinne, daß er bereits zur Zeit der Erhebung der Klage ablieferungsbereit ist. Die Ablieferungsbereitschaft ist die begriffliche Voraussetzung für die Klagerhebung auf Abnahme, und es ist daher auch nicht notwendig, daß der Verkäufer in der Leistungsklage auf Abnahme seiner Ablieferungsbereitschaft Erwähnung tut — dies aber wiederum in gerade umgekehrtem Sinne, wie er bei der Klage auf Kaufpreiszahlung seine eigene Gegenleistung unerwähnt lassen kann. Denn in diesem Falle braucht er ja seine Gegenleistung weder bereitgehalten noch auch bereits bewirkt zu haben, wenn er auf den Kaufpreis klagt: Die Kaufpreisleistung ist ebenso an sich von der Gegenleistung unabhängig, wird ebenso für sich und unabhängig von dieser fällig wie die Verkäuferleistung. Die Abnahme aber ist sachlich gar nicht möglich ohne die zur Ablieferung bereite gegenwärtige Kaufsache und kann sich nur unmittelbar sachlich oder körperlich an die körperliche Bereithaltung der Kaufsache anschließen, und soweit muß auch der Verkäufer seine Leistung tatsächlich bewirkt haben. Der Verkäufer braucht also, wenn er auf den Kaufpreis klagt, deshalb nicht auf den Kaufpreis gegen seine eigene Gegenleistung zu klagen, weil es dazu der Bereithaltung und des Anbietens der letzteren nicht bedarf, wenn er dagegen auf Abnahme klagt, deshalb nicht auf Abnahme gegen Ablieferung zu klagen, weil er ohne die Ablieferungsbereitschaft überhaupt nicht klagen könnte, bezw. Abweisung der Klage zu gewärtigen hätte.

Ein Unterschied ist hier jedoch noch zu beachten: Wenn die Klage auf Zahlung des Kaufpreises nicht verlangt, daß die Gegenleistung wirklich gemacht ist, so erfordert die Leistungsklage auf Abnahme doch auch nicht das genaue Gegenteil hiervon, daß nämlich die Gegenleistung gemacht, die Ablieferung wirklich erfolgt sei. Denn eben darin besteht ja die gegenseitige Abhängigkeit von Abnahme und Ablieferung, daß wie Abnahme ohne Ablieferung, so auch Ablieferung ohne Abnahme nicht möglich ist: Die Ablieferung erfolgt nur, indem abgenommen wird. Die Kaufpreiszahlung dagegen kann stets erfolgen, mag nun die Gegenleistung auch nebst der Abnahme wirklich gemacht sein oder nicht. Es kann also auch der Verkäufer auf den Kauf-

preis klagen, nachdem er seinerseits bereits vollständig geleistet und auch der Käufer abgenommen hat, das Kaufschuldverhältnis also bis auf die Kaufpreisforderung völlig erledigt ist. Unter solchen Voraussetzungen auf Abnahme der Kaufsache zu klagen, ist aber völlig ausgeschlossen. Ist vielmehr die Ablieferung wirklich erfolgt, dann ist auch abgenommen und kann auf Abnahme nicht mehr geklagt werden, denn die Abnahme ist ja nur das Gegenstück zur Ablieferung auf der Käuferseite, nicht jedoch Gegenleistung im engeren Sinne. Ablieferung und Abnahme sind eine durchaus reale Einheit von Geben und Nehmen, die insofern auch in sich abgeschlossen, d. h. gegen das Vertragsverhältnis im übrigen abgeschlossen sind. Sie zeigen für sich betrachtet durchaus den Charakter eines Realgeschäftes, etwa wie der Verwahrungsvertrag realiter erst durch Übergabe und Entgegennahme des Depositums zur Verwahrung abgeschlossen wird.[112]) Wie hier Übergabe und Entgegennahme dem Schuldverhältnis vorangehen, indem sie es erst realiter begründen, und dann auch Rückgabe und Rücknahme der bis dahin verwahrten Sache dem Schuldverhältnis selbst erst nachfolgen, nachdem dieses bereits durch Kündigung bezw. Rückgabe- oder Rücknahmeforderung abgeschlossen ist, so scheinen auch Ablieferung und Abnahme als rein realiter miteinander verbundene Handlungen sich an den Abschluß des Vertragsverhältnisses erst anzuschließen; eben darin aber unterscheiden sich Ablieferung und Abnahme einerseits von den erwähnten tatsächlichen Vorgängen vor und nach der Verwahrung andererseits, daß die Kaufsache, wenn es sich nur noch um Ablieferung und Abnahme handelt, nicht, wie die zu verwahrende Sache durch „Kündigung" zu einer nur noch zurückzugebenden wird, zu einer nur noch abzuliefernden bezw. nur noch abzunehmenden Sache geworden ist, sondern vielmehr Ablieferung und Abnahme sich noch ganz im Rahmen des Kaufvertragsverhältnisses selbst vollziehen, und zwar dessen Abschluß bilden. Eben deshalb aber mußte auch die Abnahme dem Käufer zur Pflicht gemacht werden, weil anders sich jener reale Abschluß des Kaufschuldverhältnisses selbst nicht sichern ließ:

---

[112]) vgl. hierzu und zum folgenden Anm. 97 und oben S. 74 ff.

Die Ablieferung gehört noch mit zu der eigentlichen Verkäuferleistung, die, wie das Reichsgericht sich in dem Urteil v. 29. 3. 1904[113]) unkorrekt ausdrückt, im „Leisten einer Sache" besteht, und die Kaufsache ist nicht „geleistet", wenn sie nicht abgeliefert, wogegen die zu verwahrende Sache verwahrt, die Verwahrungsleistung beendet ist, wenn die Sache zurückzugeben ist, wie denn auch die Rückgabe nicht die einfache Fortsetzung bezw. Vollendung einer Gegenstandsleistung ist, als die sich ja die Verwahrungsleistung eben nicht charakterisiert. Die Abnahme selbst aber außerhalb des Leistungszusammenhanges zu stellen, geht schon um deswillen nicht an, weil ohne sie die Ablieferung als Teil der Verkäuferleistung nicht möglich wäre.

Es handelt sich also, um dies noch einmal zusammenzufassen, bei der Abnahme lediglich um den ganz realen Vorgang der Entgegennahme der zur Ablieferung bereiten Kaufsache. Von äußerlich ähnlichen, rein tatsächlichen Vorgängen, wie Rücknahme des Verwahrungsgegenstandes, des bei der Bewirkung einer Dienstleistung benutzten Werkzeuges des Dienstherrn, Annahme des auf dem Wege einer Dienstleistung hervorgebrachten oder herbeigeschafften Gegenstandes und ähnlichem, unterscheidet sich jedoch die Abnahme grundsätzlich dadurch, daß sie das unmittelbare Gegenstück zu der Ablieferung als einer eigentlichen Verkäuferleistung ist und sich nicht erst an das Ende des Kaufverhältnisses als dessen bloß tatsächliche Folge oder als bloß tatsächliches Verhältnis[114]) zwischen Käufer und Verkäufer anschließt, sondern eine Leistung aus dem eigentlichen Kaufvertragsverhältnis zwischen diesen beiden ist.

Die Sache wäre ja wesentlich einfacher, wenn sich die Abnahme einfach als Gegensleistung[115]) charakterisieren ließe, aber wo dies der Fall ist, da liegt kein einfacher Kaufvertrag, sondern in der Regel eine Verbindung von Kaufvertrag und Werk- oder Dienstvertrag vor, wie vor allem auch in der berühmten l. 9 D. de a. e. v. 19, 1. Die Fälle dieser Art bieten jedoch heute keinerlei Schwierigkeiten mehr dar, wie denn auch die Inter-

---

[113]) RGE. Bd. 57 S. 402 ff.

[114]) vgl. Lotmar, zitiert in Anm. 94.

[115]) vgl. unten S. 121 ff.

essentheorie[116]) des gemeinen Rechts heute wohl endgültig abgetan ist: Wo ein besonderes Interesse des Verkäufers an der Abnahme gefordert und vorhanden ist, da kann die Abnahme ohne weiteres als eigentliche (auch wenn nicht als die Hauptleistung des Käufers) Gegenleistung gelten und fügt sich damit zwanglos in das Schuldverhältnis eben als Gegenleistung im engeren Sinne (d. h. als die Leistung aus dem besonderen Schuldverhältnis, dessen Schuldner der Käufer-Abnehmer ist, oder m. a. W. als die Leistung aus einem besonderen Abnahmeschuldverhältnis von Dienstvertragscharakter) ein. Von alledem müssen wir aber heute bei der Untersuchung des Problems der Abnahmepflicht völlig absehen. Das Problem lautet für uns heute: Wie kann die Abnahme als Käuferleistung in das Kaufschuldverhältnis noch anders eingegliedert werden denn als bloße eigentliche Gegenleistung, ohne daß damit zugleich der Grundsatz, daß der Gläubiger nicht verpflichtet ist, zur Schuldnerleistung mitzuwirken bezw. die Leistung anzunehmen, verletzt wird.

Die Annahme setzt begrifflich die Leistung, die Abnahme setzt ebenso „begrifflich voraus, daß die Kaufsache zur körperlichen Wegnahme bereit sei".[117]) Annahme und Leistung sind ebenso Gegenstücke wie Abnahme und Ablieferung, und wie die Annahme begrifflich nicht Gegenleistung sein kann, so auch nicht die Abnahme beim eigentlichen Kaufvertrag. Ist aber dieser Weg, um die Abnahme in das Kaufschuldverhältnis einzuordnen, verschlossen und ebenso der andere Weg, aus der Ähnlichkeit des Abnahme-Ablieferungsverhältnisses mit rein tatsächlichen Verhältnissen der Art wie dem Rücknahme-Rückgabeverhältnis, z. B. beim Dienst- oder beim Verwahrungsvertrage, eine Rechtsanalogie abzuleiten, so bleibt eben nur die Möglichkeit, die Abnahme unter schärfster Betonung ihres tatsächlichen und unmittelbar körperlichen Charakters als das begriffliche Gegenstück zur Ablieferung zu kennzeichnen und auf diese Weise dem Kaufschuldverhältnis selbst energisch an- und einzugliedern.

---

[116]) vgl. Jacobi a. a. O. S. 259f.
[117]) RGE. Bd. 56 S. 176.

Selbstverständlich ist die Abnahme auch dort, wo sie eigentliche Gegenleistung ist, das Gegenstück zur Ablieferung; hier jedoch tritt der Charakter der Abnahme als Gegenstück zur Ablieferung im besonderen mehr oder weniger weit zurück hinter demjenigen als Gegenleistung zu der Leistung des Verkäufers überhaupt. Gewiß ist auch die ratio der Abnahmeverpflichtung des Käufers nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs die, daß der Verkäufer Befreiung von der Kaufsache und ihrer Last fordern könne, und besonders in der heutigen Zeit des ungeheuer gesteigerten Massenumsatzes um der Masse des Umsatzes willen ist die Verpflichtung des Käufers zur Abnahme der gekauften Sache doppelt wichtig zur Sicherung eines geordneten Geschäftsverkehres. Aber es geht gleichwohl nicht an, aus diesem Gesichtspunkte heraus der Abnahme eigentlichen Gegenleistungscharakter zuzusprechen; denn daß verkauft wird, „nur um zu räumen", ist durchaus die Ausnahme, wir verkaufen vielmehr immer noch in der Regel vorwiegend, um zu „verdienen", und an die Abnahme wird regelmäßig erst dann gedacht, wenn der Kaufvertrag abgeschlossen ist und nun geliefert und — nicht abgenommen wird ... Überdies werden in den Fällen von Kaufgeschäften, insbesondere des Großhandels, in denen eine geordnete Lieferung und Abnahme — um eben jenes Massenumsatzes willen — wesentlich ist, zwischen den Parteien bereits beim Kaufabschluß die erforderlichen Vereinbarungen über die Abnahme, den Abruf oder auch die Spezifikation besonders getroffen, oder es bestehen entsprechende Usancen.

Der Grund- und Normaltypus des Kaufvertrages, den das Bürgerliche Gesetzbuch in § 433 aufstellt, kennt jedenfalls die Abnahme als eigentliche Gegenleistung nicht, sondern nur als das Mittel, um den Verkäufer, der seiner Leistungsverpflichtung gemäß die Kaufsache zur Ablieferung bereithält, aus dieser Lage ordnungsmäßig zu befreien. Hierbei kommt nur dieser letzte Zustand des Bereitseins auf seiten des Verkäufers in Betracht, den es als solchen zu beseitigen oder aufzuheben gilt. Kommt der Verkäufer nicht in diese Situation, dann kann auch Abnahme in diesem, d. h. im Sinne des § 433, 2, gar nicht in Frage kommen, und insbesondere hat diese Abnahme — die

rein tatsächliche Beseitigung des rein tatsächlichen Zustandes des Bereitseins oder Bereithaltens der Kaufsache — gar nichts mit der Abnahme zu tun, an der der Verkäufer Interesse hat, welcher den Kaufvertrag bereits abschließt mit zu dem Zwecke, um auf diese Weise die Kaufsache los zu werden, und hierin allein schon einen gewissen Vorteil sieht. In diese „Abnahme“ im uneigentlichen Sinne können die verschiedenartigsten Handlungen des Käufers, insbesondere auch der Abruf, miteingeschlossen sein. Die eigentliche Abnahme (reine Abnahme ohne Nebenzweck) im Sinne des § 433, 2 kommt dagegen erst in jenem letzten Moment in Frage, da dem Käufer nichts weiter zu tun übrigbleibt als die unmittelbare körperliche Abnahme der endgültig abnahmefähigen Kaufsache.

Der Unterschied zwischen der uneigentlichen und der eigentlichen Abnahme wird besonders deutlich im Falle der Sukzessivlieferung, wie sie z. B. in dem Falle vorliegt, der in dem Urteile des Reichsgerichts v. 22. 12. 1903 [118]) zur Entscheidung stand. Wenn in solchem Falle der Käufer sich weigert, noch ausstehende Sukzessivlieferungen abzunehmen, so kann der Verkäufer nicht allgemein auf „Abnahme“, und zwar auf „Abnahme gegen Lieferung“, d. h. gegen künftige Lieferung klagen, sondern er kann, will er überhaupt die Leistungsklage auf Abnahme erheben und sich nicht vielmehr mit der Feststellungsklage, dahingehend, daß der Vertrag noch bestehe und der Käufer in bezug auf die Restlieferungen den Vertrag noch zu erfüllen habe, begnügen, immer nur wieder von Fall zu Fall bei den einzelnen Sukzessivlieferungen auf deren Abnahme dann klagen, wenn die Kaufsache zur körperlichen Wegnahme tatsächlich bereit ist.

Es handelt sich also bei der eigentlichen Abnahme im Sinne des § 433, 2 weder darum, daß der Verkäufer die Kaufsache oder eine Sache oder eine Quantität wie die Kaufsache überhaupt los werde, noch darum, daß der Käufer zur Bewirkung der Leistung des Verkäufers mitwirke oder die in dem Bereitstellen der Kaufsache zur körperlichen Wegnahme kulminierende Verkäuferleistung bezw. die Ablieferungsleistung als solche annehme,

---

[118]) RGE. Bd. 56 S. 173 ff.

sondern vielmehr darum, daß, wenn es einmal zu jenem äußersten Zustande der unmittelbaren Ablieferungsbereitschaft tatsächlich gekommen ist, diesem tatsächlichen Zustande alsbald rein tatsächlich ein Ende gemacht wird. Ist doch auch mit der Herbeiführung dieses Zustandes die Leistungsverpflichtung des Verkäufers insoweit erschöpft, und der Käufer kann nicht verlangen, daß dieser Zustand länger aufrechterhalten werde, als es zur ordnungsmäßigen Abnahme erforderlich ist.

In der Abnahme mischen sich in eigenartiger Weise die tatsächlichen und die rechtlichen Elemente. Rein von der tatsächlichen Seite gesehen hat sie die größte Ähnlichkeit mit der Rücknahme von „Werkzeugen" beim Dienstvertrage oder des Depositums. Aber die abzunehmende Sache ist nicht eine nur mehr abzunehmende, sondern zugleich auch die von der Gegenseite zu liefernde oder deutlicher, wenn auch weniger korrekt: zu „leistende" Kaufsache, da die Bereitstellung zur Abnahme ebenso wie die Ablieferung eigentliche Verkäuferleistung aus dem Kaufvertrage selbst ist, und eben in diesem Punkte berührt sich die Abnahme dann auch wieder nach der rechtlichen Seite hin mit der Leistungsannahme, ohne jedoch diese selbst bezw. eine eigentliche Annahmehandlung zu sein. So steht sie auch zu der Ablieferung in einer doppelten Beziehung: einmal macht sie deren Vollendung selbst erst möglich (denn der Verkäufer hat dann erst fertig abgeliefert und geleistet, wenn abgenommen und auch nichts mehr abzunehmen ist), dann aber schließen sich, können sich die einzelnen Abnahmehandlungen auch immer nur wieder an die einzelnen Ablieferungshandlungen anschließen und diesen jeweils folgen. Wollte man hiernach die Abnahme als eine zur Bewirkung der Ablieferung erforderliche Handlung betrachten, so müßte auch die Ablieferung ihrerseits wiederum als eine zur Bewirkung der Abnahme erforderliche Handlung gelten, und es tritt eben auch hierin wieder nur das eigenartige Verhältnis engster gegenseitiger Abhängigkeit und begrifflicher Verknüpfung von Ablieferung und Abnahme zutage, auf der die Gestaltung der Abnahme als Leistungspflicht im letzten Grunde beruht.

Es könnte nun noch gegenüber der hier vertretenen Auf-

fassung des Reichsgerichts von dem Umfange der Abnahmepflicht der Einwand gemacht werden, daß die dabei zweifellos zutage tretende Tendenz zur Einschränkung der Abnahmepflicht zu einem künstlich eingeengten Begriff der Abnahme führe, der in der Sache selbst nicht begründet sei. Aber abgesehen davon, daß die Auffassung des Reichsgerichts der herrschenden Meinung im wesentlichen entspricht, wenn auch bisher kein Schriftsteller so konsequent in der Einschränkung der Abnahmepflicht vorgegangen ist wie eben das Reichsgericht, so kann doch hier einerseits nur das Streben ausschlaggebend sein, den Widerspruch zwischen dem Annahmerecht des Gläubigers und einer Abnahmepflicht des Käufers aufzulösen, das andererseits seine Grenzen in der tatsächlichen und rechtlichen Natur des Verhältnisses zwischen Abnahme und Ablieferung finden muß. Wäre, um es noch einmal zu wiederholen, die Lage derart, daß die Verkäuferleistung vollständig abgeschlossen wäre in dem Augenblick, da die Abnahme vom Käufer verlangt werden kann, etwa wie die Verwahrungsleistung abgeschlossen ist, wenn der Verwahrer die Rücknahme fordert bezw. fordern kann, dann würde die Abnahmepflicht nicht mit dem Annahmerecht kollidieren können, da es sich dann nicht mehr um die Annahme der Leistung handeln könnte, weil diese dann eben schon vollständig angenommen und bewirkt wäre. Tatsächlich aber ist, wenn die Kaufsache nur zur Ablieferung bereitgehalten wird, aber noch nicht abgeliefert und abgenommen ist, auch noch nicht angenommen. Es können allerdings schon Annahme- bezw. Mitwirkungshandlungen des Käufers-Gläubigers der mannigfachsten Art vorangegangen sein, aber es fehlt dann noch immer die letzte Annahme der Leistung im engeren Sinne, mit der erst das Schuldverhältnis zum Erlöschen kommt, und es fehlt eben an der Verkäuferleistung die Ablieferung.

Wesentlich einfacher wäre die Sachlage, wenn Rosenberg[119]) recht hätte mit seiner Auffassung, daß der Käufer-Gläubiger, indem er erkläre, er billige die Ware als vertragsmäßige und erkenne an, daß der Verkäufer befreit, das Schuldverhältnis

---

[119]) Rosenberg a. a. O. S. 260.

beendigt sei, und er gleichzeitig auf die Ware verzichte, das Schuldverhältnis tatsächlich zum Erlöschen bringen könne.[120]) Wäre das richtig, dann könnte man in der Tat schließen, daß von dem ganzen als solchem zum Erlöschen gebrachten Kaufschuldverhältnis nichts übrigbliebe als die dann selbständige Verpflichtung des Käufers zur Abnahme, und zwar als bloße Folge des Erlöschens des Kaufvertragsverhältnisses, ganz analog der Sachlage nach beendeter Verwahrung, wenn der Verwahrer die Rücknahme fordert. Aber abgesehen davon, daß ein einseitiger Verzicht auf die Leistung ungültig ist und das Schuldverhältnis nicht einseitig vom Gläubiger zum Erlöschen gebracht werden kann, so ist auch nicht einzusehen, warum, wenn alles dieses nicht zuträfe, das Schuldverhältnis vielmehr einseitig vom Gläubiger zum Erlöschen gebracht werden könnte, dann trotzdem noch die Verpflichtung zur Abnahme bestehenbleiben sollte, die doch auch nach § 433 mit zu dem Kaufschuldverhältnis gehört, wenn auch nur als naturale negotii. Würde der Verkäufer den Verzicht des Käufers annehmen, so würde er damit zugleich auch seinerseits auf die Abnahmeleistung des Käufers verzichten, was jene Verzichtsannahme eo ipso mit einschlösse.

Wertvoller für unsere Untersuchung ist die Überlegung, ob Abnahme ohne Annahme möglich ist. Diese Frage wird ebenso von Rosenberg[121]) wie von Lehmann[122]) in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung bejaht. In der Tat braucht mit der Abnahme das Kaufschuldverhältnis noch keineswegs abgeschlossen zu sein, und wie der Abnahme Annahme- bezw. Mitwirkungshandlungen vorausgehen können, so kann auch die Abnahme ihrerseits der Annahme bezw. Annahmehandlungen dieser oder jener Art vorhergehen. Die Abnahme kann jederzeit, braucht aber insbesondere auch dann nicht mehr zu erfolgen, wenn der Käufer bereits aus irgendeinem anderen Grunde die Kaufsache hatte; es kommt hierbei nur darauf an, daß das Verhältnis des Käufers zur Kaufsache rein äußerlich und tat-

---

[120]) Dagegen Lehmann, DJZ. 1902 S. 442.
[121]) a. a. O.
[122]) a. a. O.

sächlich so ist, wie es sein würde, wenn der Käufer erst auf Grund des Kaufvertrages abnähme. Selbstverständlich gehört hierher die sogen. brevi manu traditio. Aber auch bloße Besitzdienerschaft, die kein Besitz im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist (§ 855), genügt, um spätere Abnahme überflüssig zu machen. Eben dies aber zeigt aufs deutlichste die rein tatsächliche Natur der Abnahme.

Wenn Oberloskamp[123]) schreibt: „Der Käufer ist, wenn nicht zur Abnahme überhaupt, so doch zur Annahme der Besitzübertragung nicht allein berechtigt, sondern auch verpflichtet", so übersieht er dabei den Fall, daß der Besitzdiener die Sache, über die er als Besitzdiener für den Besitzer-Verkäufer bis dahin die tatsächliche Gewalt ausübte (§ 855), kauft; hier ist Übertragung des Besitzes erforderlich, und trotzdem ist der Besitzdiener-Käufer zur Abnahme nicht verpflichtet. Hieße den Käufer zur Abnahme verpflichten ihn ausnahmsweise zur Annahme der Besitzübertragung verpflichten, wie Oberloskamp meint, so müßte eben in diesem Falle der Besitzdiener noch eigens zu einer „Abnahme" verpflichtet sein, die etwas anderes als eine bloß tatsächliche und äußerliche Handlung sein müßte, und die es daher — als Abnahme — nicht geben kann. Die Abnahme ist keineswegs Annahme der Übergabe oder Besitzübertragung, als welche Oberloskamp die Übergabe des § 433, 1 zunächst[124]) definiert, um sie dann allerdings einige Seiten weiter (S. 48) als die mit der Abnahme korrespondierende Tätigkeit auf die bloße körperliche „Übergabe" einzuschränken, und sie hat weder mit der Übergabe noch überhaupt mit dem Besitz unmittelbar etwas zu tun. Es ist daher auch richtiger, bei der Frage der Abnahme ganz von der Besitzfrage abzusehen. Nur negativ läßt sich sagen, daß für den Käufer, der bereits ohne Abnahme in irgendeinem Besitz- oder besitzähnlichen Verhältnis, und zwar nicht nur als unmittelbarer Besitzer, sondern auch als mittelbarer Besitzer (er kauft eine Sache, die er vom Verkäufer entliehen und an einen Dritten weiterverliehen hatte) oder gar

---

[123]) a. a. O. S. 5.
[124]) a. a. O. S. 41.

als Besitzdiener zu der Kaufsache steht, eine Abnahme gar nicht mehr in Frage kommt. Die Abnahmepflicht hat vielmehr den Sinn, daß der Käufer nach der Abnahme oder auch ohne besondere Abnahme, also jedenfalls nach erledigtem Kaufgeschäft, eine Beziehung zu der Sache hat, die ihm die tatsächliche Gewalt über die Sache gewährt. Er übt die tatsächliche Gewalt aber auch dann schon vor der Abnahme und ohne daß eine solche noch eigens auf Grund des Kaufvertrages zu erfolgen brauchte, aus, wenn er zur Zeit des Kaufes Besitzdiener in bezug auf die Sache gegenüber dem Besitzer-Verkäufer war (§ 855). Daß der bisherige Besitzdiener als Käufer auf Grund des Kaufvertrages Besitzer, unmittelbarer oder mittelbarer, wird, ist also nicht die tatsächliche Folge einer Abnahme, die hier wegfällt, sondern, wofern der Verkäufer Eigentümer der Kaufsache ist, der rechtliche Erfolg der Einigung des abstrakten dinglichen Vertrages darüber, daß das Eigentum übergehen soll, oder, wofern der Verkäufer nicht Eigentümer ist, der sonstigen Vereinbarungen über die Eigentumsverschaffung, die zugleich das Verhältnis der Besitzdienerschaft bezw. das Verhältnis zwischen dem Besitzer und seinem bisherigen Besitzdiener eo ipso lösen; sobald aber die Schranke der Besitzdienerschaft gefallen ist, verwandelt sich zugleich die bloße Ausübung der tatsächlichen Gewalt des Besitzdieners in Besitz, d. h. der Besitz geht auf Grund von Einigung gemäß § 854, 2 vom Besitzherrn auf den Besitzdiener über. Bedarf es aber im Falle der vorgängigen Besitzdienerschaft des Käufers zum Erwerbe des Besitzes nicht der Abnahme, so liegt der Schluß nahe, daß es auch in allen anderen Fällen, in denen an sich die Abnahme notwendig ist, diese nicht eigentlich zum Erwerbe des Besitzes durch den Käufer erforderlich ist, sondern lediglich zur Begründung jenes rein tatsächlichen Verhältnisses, das jedem Besitzverhältnis zugrunde liegt, aber auch bei der bloßen Besitzdienerschaft nicht fehlt. Daß der Käufer nach erfolgter Abnahme eo ipso Besitzer ist, daß er überhaupt nicht abnehmen kann, ohne Besitzer zu werden, ist schon die einfache Folge davon, daß jeder, der die tatsächliche Gewalt über eine Sache hat, wofern er sie nicht gerade als Besitzdiener ausübt, Besitzer ist. Der Dieb kann

ja auch nicht stehlen, der Finder die gefundene Sache nicht an sich nehmen, ohne Besitzer zu werden. Daß also die Abnahme Besitz des Abnehmers zur Folge hat, hat sie mit jeder anderen Art der Erlangung der tatsächlichen Gewalt (immer die Besitzdienerschaft ausgenommen) gemeinsam. Die Abnahme kann daher nicht als spezifische Besitzverschaffungshandlung bezeichnet werden (sondern das müßte eine mit der Übergabe als der eigentlichen Besitzübertragungshandlung korrespondierende Handlung sein), und wenn Hohenstein[125]) die Abnahmepflicht als „Sich-Besitzverschaffungspflicht" definiert, so ist das ebenso unrichtig wie sprachlich unschön. Wäre die Abnahme „Sich-Besitzverschaffungspflicht" als solche, dann wäre sie doch nichts anderes als die Pflicht zur Annahme der Übergabeleistung aus der Besitzübertragungsverpflichtung des Verkäufers. Das eigentliche Besitzübertragungsgeschäft, zu dem der Verkäufer verpflichtet ist, ist die Übergabe. Diese ist jedoch beim Kaufe einer beweglichen Sache nicht nur dann überflüssig, wenn der Käufer bereits die Kaufsache besitzt (die sogen. brevi manu traditio ist keine Übergabe und auch kein Übergabeersatz mehr im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs), sondern auch dann, wenn auf die Übertragung des unmittelbaren Besitzes (im Wege des constitutum possessorium) oder auf die unmittelbare Übertragung des Besitzes (im Wege der Abtretung des Herausgabeanspruches von seiten des Verkäufers gegen einen Dritten) Verzicht geleistet wird. In den beiden letzten Fällen geht mit dem Eigentum auch der Besitz auf den Käufer über, und zwar auf Grund der Einigung, des sogen. abstrakten dinglichen Vertrages über den Übergang des Eigentums, welche in diesem Falle den Übergang des Besitzes mitumfaßt. Daß in allen diesen Fällen auch die Notwendigkeit der Abnahme entfällt, berechtigt aber selbstverständlich noch nicht zu dem Schlusse, daß Übergabe und Abnahme als solche korrespondieren bezw. Gegenstücke sind. Das Verhältnis von Übergabe und Abnahme ist vielmehr wesentlich anders gestaltet und läßt sich vielleicht zunächst ganz allgemein wie folgt ausdrücken.

---

[125]) Hohenstein im Arch. f. bürgerl. R. a. a. O. S. 72.

Wie die Abnahme nichts mit dem Besitz, so hat die Übergabe an sich nichts mit dem Eigentum zu schaffen, und zwar verhält sich die Abnahme zum Besitzübergang ähnlich wie die Übergabe zum Eigentumsübergang. Der Verkäufer ist verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen. Ist der Verkäufer Eigentümer der (beweglichen) Sache, so ist zur Übertragung des Eigentums auf den Käufer erforderlich, daß der Verkäufer dem Käufer die Sache übergibt und beide darüber einig sind, daß das Eigentum übergehen soll. Ist dagegen im gleichen Falle der Käufer einer beweglichen Sache bereits im Besitz der Sache, so genügt die Einigung über den Übergang des Eigentums (§ 929 Satz 2). Zum Erwerbe des Eigentums ist also Besitz erforderlich, sei es, daß der Erwerber den Besitz bereits hat oder noch erwirbt, — die Übergabe dagegen ist als solche nicht erforderlich, sondern es kommt einzig und allein auf den Besitz an, und die Übergabe ist nur eine der Formen, unter denen der Besitz des Erwerbers, wofern er noch nicht besteht, zustande kommen kann. Andererseits ist auch zur Übertragung des bloßen Besitzes — ohne Verbindung mit Eigentumsübergang — Übergabe nicht erforderlich, sondern wenn der Erwerber in der Lage ist, die tatsächliche Gewalt über die Sache auszuüben, so genügt die Einigung des Erwerbers und des bisherigen Besitzers, d. h. durch die Einigung verwandelt sich die bloße tatsächliche Möglichkeit der Ausübung der tatsächlichen Gewalt (die bis dahin nur deshalb nicht Besitz war, weil diesen der bisherige Besitzer hatte und nur insofern dem Erwerber die Möglichkeit, die tatsächliche Gewalt auszuüben, beschnitten war) oder auch die bloße tatsächliche Ausübung der tatsächlichen Gewalt auf Grund von Besitzdienerschaft in Besitz: der Besitz geht von dem bisherigen Besitzer auf den Erwerber über. War der Erwerber vor Erwerb des Besitzes nicht in der Lage, die tatsächliche Gewalt über die Sache auszuüben, so wird er durch Erlangung der tatsächlichen Gewalt Besitzer; nicht jedoch durch Erlangung der bloßen tatsächlichen Möglichkeit zur Ausübung der tatsächlichen Gewalt (und selbstverständlich auch nicht durch Erlangung der bloßen Ausübung der tatsächlichen Gewalt als Besitzdiener), sondern entweder

muß der bisherige Besitzer die tatsächliche Gewalt über die Sache (freiwillig) aufgegeben bezw. (unfreiwillig) verloren haben, so daß also die Sache ohne Besitzer ist (originärer Besitzerwerb durch Erlangung der tatsächlichen Gewalt), oder wenn die Sache im Besitze eines anderen ist, kann die tatsächliche Gewalt nur durch verbotene Eigenmacht erlangt werden, und der Besitz ist dann fehlerhaft. Will jemand den fehlerfreien Besitz einer Sache erwerben, die ein anderer besitzt, und über die jener nicht bereits in der Lage ist, die tatsächliche Gewalt auszuüben, so genügt nicht die Erlangung der tatsächlichen Gewalt, sondern es muß noch die Einigung zwischen Erwerber und bisherigem Besitzer hinzutreten. Es muß also in diesem Falle der Erwerber zu der Sache in eine Beziehung treten oder die Sache zu dem Erwerber in eine Beziehung gebracht werden, infolge deren der Erwerber in der Lage ist, die tatsächliche Gewalt über die Sache auszuüben, und außerdem muß zwischen Erwerber und bisherigem Besitzer Einigung bestehen. Es muß also hier neben der Einigung irgendetwas tatsächlich geschehen, wodurch der Erwerber in die Lage kommt, die tatsächliche Gewalt über die Sache auszuüben: dem Abs. 2 von § 854 entspricht Satz 2 von § 939. Dort wo es sich nur um Übertragung des Besitzes handelt, braucht der Erwerber nur in der Lage zu sein, die tatsächliche Gewalt über die Sache auszuüben, hier wo das Eigentum übergehen soll, muß der Erwerber im Besitze der Sache sein, damit die Einigung, der abstrakte dingliche Vertrag, hier wie dort genügen soll. Wenn nun der Erwerber des Eigentums zur Zeit des Erwerbes bereits in der Lage war, die tatsächliche Gewalt über die Sache auszuüben, ohne jedoch Besitzer zu sein, weil der Eigentümer Besitzer ist, oder weil er (der Erwerber) nur Besitzdiener ist, so liegt rein formal die Voraussetzung des Satz 2 von § 929 — Besitz des Erwerbers — nicht vor, und es müßte dann Satz 1 von § 929 gelten, d. h. zur Übertragung des Eigentums wäre neben der Einigung auch noch Übergabe erforderlich. Fischer u. Henle[126]) meinen, daß auch die Besitzdienerschaft als Voraussetzung für §§ 929 Satz 2 genüge, da mit der

[126]) a. a. O. Anm. 6 zu § 929.

Einigung (über den Eigentumsübergang) auch das Abhängigkeitsverhältnis, das die Besitzdienerschaft nach § 855 voraussetzt, ende. Dieser Auffassung kann ich mich nicht ganz anschließen. Einmal sind Eigentum und Besitz nicht so eng miteinander verbunden, daß nicht auch Eigentum ohne Besitz möglich wäre, z. B. der Eigentümer einer von ihm verlorenen Sache; oder wenn in § 959 gesagt ist, daß eine bewegliche Sache herrenlos wird, wenn der Eigentümer in der Absicht, auf das Eigentum zu verzichten, den Besitz der Sache aufgibt, so erhellt, daß nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs auch ein Aufgeben des Besitzes möglich ist ohne die Absicht des Eigentumsverzichtes, und daß die Sache, deren Besitz so aufgegeben wird, wohl besitzerlos, aber nicht herrenlos werden kann. Selbstverständlich braucht sie nicht notwendig besitzerlos zu werden oder zu bleiben, sondern kann im Augenblick der Besitzaufgabe durch den Eigentümer von einem anderen durch Erlangung der tatsächlichen Gewalt, originär, in Besitz genommen werden. Wenn beispielsweise ein Schmiedegeselle an dem Hammer des Meisters, den er bis dahin als Besitzdiener benutzt hat, Eigentum erwirbt und diesen nun ihm gehörenden Hammer nach wie vor bei seiner Arbeit in der Schmiede des Meisters benutzt, so kann es mindestens fraglich erscheinen, ob der Schmiedegeselle nicht in bezug auf den Hammer Besitzdiener bleibt wie zuvor, bis eben das Abhängigkeitsverhältnis bezw. das Dienstverhältnis zwischen Schmied und Gesellen auf andere Weise erlischt. Daß der Besitzer-Besitzherr des § 855 Eigentümer der Sache sein müsse, ist im Gesetz nicht ausgesprochen und ist insbesondere auch nicht aus den Worten des § 855: „Übt jemand die tatsächliche Gewalt über eine Sache für einen anderen ... aus“ zu entnehmen. Dieses „für einen anderen“ hat vielmehr die Bedeutung, daß der Besitzdiener den unmittelbaren Besitz, den er selbst nicht hat, dem anderen vermittelt. Danach scheint es rechtlich wohl möglich, daß der Eigentümer und unmittelbare Besitzer, der sich in eines der im § 855 vorausgesetzten Abhängkeitsverhältnisse begibt, den Besitz der Sache verliert oder aufgibt, wenn das Verhältnis derart ist, daß er vermöge dessen den sich auf die Sache beziehenden Weisungen

des anderen Folge zu leisten hat, der andere also Besitzherr wird: man kann hier vielleicht statt von Verlust oder Aufgabe von einem Ruhen des Besitzes des Eigentümers-Besitzdieners sprechen (wie übrigens auch in dem oben herangezogenen Falle des Eigentums an einer verlorenen Sache); denn in dem Augenblick, da das Abhängigkeitsverhältnis erlischt, oder da der Eigentümer-Besitzdiener den Weisungen des Besitzherrn nicht oder nicht mehr folgt, wacht der Besitz des Eigentümers wieder auf, der ja jedes Abhängigkeitsverhältnis in jedem Augenblick tatsächlich, d. h. wenigstens mit voller dinglicher Wirkung in bezug auf den Besitz der Sache, lösen kann, und nur auf dieses allein hatte sich die Besitzherrschaft bezw. Besitzdienerschaft gegründet. Der Besitzdiener dagegen, der nicht Eigentümer ist, aber natürlich auch das Abhängigkeitsverhältnis jederzeit tatsächlich lösen kann, wird damit allein noch nicht Besitzer, da sich der Besitz des Besitzherrn nicht nur auf das Abhängigkeitsverhältnis bezw. Herrschaftsverhältnis stützt, sondern auch ohne dieses besteht und an sich bestehen bleibt. Nach Lösung des Abhängigkeitsverhältnisses kann zunächst der bisherige Besitzdiener höchstens — gemäß der Voraussetzung von § 854, 2 — in der Lage sein, die tatsächliche Gewalt über die Sache auszuüben, und er kann dann nur entweder nach § 855, 2 durch Einigung, d. h. mit Willen des bisherigen Besitzherrn, Besitzer werden oder ohne dessen Willen durch verbotene Eigenmacht Besitz erwerben. Dem steht auch nicht entgegen, daß der Besitzherr während der Dauer der Besitzherrschaft bezw. -dienerschaft „die tatsächliche Gewalt nur mittelbar hat“,[127]) da ja der Besitzdiener für ihn die tatsächliche Gewalt ausübt;[128]) denn der Besitzdiener befindet sich bei der Lösung des Abhängigkeitsverhältnisses in keiner anderen Lage als während dessen Dauer, d. h. er ist zunächst nur in der Lage, die tatsächliche Gewalt auszuüben. Übt er sie tatsächlich auch nach dem Ende des Verhältnisses aus, so kann dies nur auf Grund von Einigung geschehen oder infolge verbotener Eigenmacht. Die Lösung des

---

[127]) Fischer-Henle a. a. O. Anm. 6 zu § 855.
[128]) vgl. oben S. 97.

Abhängigkeitsverhältnisses führt als solche jedoch nicht das Ende des Besitzes des Besitzherrn herbei, wofern sich dieser Besitz nicht einzig und allein auf die Tatsache des Abhängigkeitsverhältnisses gestützt hatte, weil der Besitzdiener Eigentümer ist; nur in diesem Falle ist die Besitzdienerschaft für den Besitzdiener das einzige Hindernis, Besitz zu haben, aber dies doch nur deshalb, weil seine Beziehung zu der Sache tatsächlich derart ist, daß er sonst und an sich unmittelbaren, der Besitzherr mittelbaren Besitz haben müßte, und zwar auf Grund von § 868. Aber eben um dem von der Natur der im § 868 vorausgesetzten Verhältnisse abweichenden Charakter der Abhängigkeitsverhältnisse, wie sie § 855 voraussetzt, Rechnung zu tragen, ist die Besitzdienerschaft geschaffen worden, durch die es vermieden ist, daß der Besitzdiener trotz des Abhängigkeitsverhältnisses unmittelbaren Besitz neben bloß mittelbarem Besitz des Besitzherrn, wie es § 868 entsprechen würde, hat, und die den Besitzherrn allein Besitzer sein läßt. In der Regel wird aber doch nur der Eintritt in das Abhängigkeitsverhältnis den Besitzdiener zu der Sache in eine Beziehung bringen, durch die er in der Lage ist, die tatsächliche Gewalt über die Sache auszuüben, und der Besitzdiener kann höchstens nach Aufhebung des Abhängigkeitsverhältnisses in dieser Lage bleiben, keineswegs aber verwandelt sich mit Aufhebung des Abhängigkeitsverhältnisses die Besitzdienerschaft einfach in unmittelbaren, der Besitz des Besitzherrn in mittelbaren Besitz, da hierzu erst ein Verhältnis der in § 868 vorausgesetzten Art zwischen den Parteien vereinbart werden müßte. Ist dies nicht der Fall, so tritt der bisherige Besitzdiener mit Auflösung des Abhängigkeitsverhältnisses entweder aus der Beziehung zu der Sache, in die er durch Eintritt in das Abhängigkeitsverhältnis eingetreten war, wieder aus, oder er bleibt zunächst in der Lage, die tatsächliche Gewalt über die Sache auszuüben, was, solange der bisherige Besitzherr Besitzer bleibt, eben wegen der Tatsache dieser Besitzerschaft belanglos ist, und es kann nun der Besitz — fehlerfrei — durch Einigung auf den früheren Besitzdiener übergehen oder — fehlerhaft — durch verbotene Eigenmacht von ihm erworben werden: in beiden Fällen endet natürlich der Besitz des bisherigen Besitz-

herrn. Wenn daher Fischer u. Henle[129]) schreiben: „Der Besitz des Besitzherrn endet, sobald der Besitzdiener auch nur einseitig das Abhängigkeitsverhältnis löst und dies betätigt", so ist das in dieser Allgemeinheit mindestens mißverständlich, und es ist jedenfalls der Nachdruck auf das letzte Wort zu legen: nicht indem er „dies", d. h. die (einseitige) Lösung des Abhängigkeitsverhältnisses betätigt, wird der bisherige Besitzdiener Besitzer, sondern indem er betätigt, d. h. irgendwie tatsächlich zum Ausdruck bringt, daß er nunmehr die tatsächliche Gewalt für sich ausübt. Die Lösung des Abhängigkeitsverhältnisses und die Betätigung der Tatsache, daß der bisherige Besitzdiener nunmehr die tatsächliche Gewalt für sich ausübt, sind eben zweierlei, wenn auch beides zumeist äußerlich in einer und derselben Handlung vereinigt ist und zumal die Lösung des Abhängigkeitsverhältnisses auch nur rein tatsächlich zu erfolgen braucht (der Besitzdiener befolgt z. B. einfach die auf die Sache sich beziehenden Weisungen des Besitzherrn nicht). Das Abhängigkeitsverhältnis ist, sobald und solange es besteht, allerdings die einzige Schranke, die den Besitzdiener vom Besitze trennt, aber wenn die Schranke fällt, dann ergibt sich nicht einfach Besitz des Besitzdieners, sondern es ist noch irgendeine Betätigung erforderlich; denn daß das Abhängigkeitsverhältnis die einzige Schranke bilde, die den Besitzdiener vom Besitze abhält, hat eben zur Voraussetzung, daß das Abhängigkeitsverhältnis besteht. Besteht das Abhängigkeitsverhältnis nicht — noch nicht oder nicht mehr —, dann gelten für die Frage, wer Besitzer ist bezw. wird, die allgemeinen Regeln des § 854. Die Lösung des Abhängigkeitsverhältnisses des § 855 steht daher mit dem Besitzverlust oder Besitzende des Besitzherrn bezw. dem Besitzerwerb des Besitzdieners in keinerlei unmittelbarer Beziehung, sondern man kann hier höchstens von einer mittelbaren Beziehung sprechen, insofern Besitz des Besitzdieners ausgeschlossen ist, solange das Abhängigkeitsverhältnis besteht. Das Besitzende bezw. der Besitzerwerb kann sich dagegen immer nur direkt auf dem Wege des § 854 vollziehen. Darum ist es

[129]) a. a. O. Anm. 6 zu § 856.

aber auch nicht richtig, was Fischer u. Henle[130]) zu dem Satz 2 von § 929: „Ist der Erwerber im Besitze der Sache, so genügt die Einigung über den Übergang des Eigentums" bemerken: „Es genügt . . . sogar Besitzdienerschaft, da das Abhängigkeitsverhältnis durch die Einigung endet". Die Einigung wirkt nicht unmittelbar, aber sie wirkt mittelbar auf das Abhängigkeitsverhältnis ein, indem sie nämlich unmittelbar auf das Besitzverhältnis einwirkt. Überdies ist zu beachten, daß die Einigung ein abstrakter dinglicher Vertrag ist, das Abhängigkeitsverhältnis dagegen obligatorischen Charakters, und daher zwischen beiden unmittelbar keinerlei Beziehung rechtlicher Natur bestehen kann, vielmehr zwischen ihnen der ganze grundsätzliche Unterschied von obligatorischem und dinglichem Recht bestehen muß.

Die Lösung scheint mir in folgender Überlegung zu liegen: Der Besitzdiener, der auf Grund eines Abhängigkeitsverhältnisses über die Sache die tatsächliche Gewalt ausübt, ist nach § 855 nicht im Besitze der Sache; er kann aber nach § 854, 2 durch bloße Einigung den Besitz erwerben,[131]) da er in der Lage ist, die tatsächliche Gewalt über die Sache auszuüben; da zur Übertragung des Eigentums von dem Eigentümer auf den Erwerber regelmäßig Besitz des Erwerbers erforderlich, sei es daß der Erwerber bereits im Besitze der Sache ist, sei es daß der Besitz noch erst durch Übergabe oder deren Surrogate nach §§ 930, 931 auf den Erwerber übergehen muß, so muß der (nichtbesitzende) Besitzdiener, wenn er Eigentum erwerben will, den Besitz erwerben, und zwar dies selbstverständlich durch Einigung nach § 854, 2. Beim Eigentumserwerb des Besitzdieners vom Besitzherrn-Eigentümer kommen also die §§ 854, 2 u. 929 Satz 2 vereint zur Anwendung, und wenn § 929 Satz 2 „Besitz" des Erwerbers voraussetzt, so schließt das doch nicht die Anwendbarkeit dieser Bestimmung für den Fall aus, daß der nichtbesitzende Erwerber zugleich mit dem Eigentumsübergang und durch ihn

---

[130]) a. a. O. Anm. 6 zu § 929.

[131]) vgl. Fischer-Henle Anm. 11 zu § 854.

Besitz erwerben kann, ohne daß deshalb eine besondere Übergabe oder ein Übergabesurrogat erforderlich wäre. Geht vielmehr zugleich mit dem Eigentum der Besitz über, so ist die Voraussetzung des § 929 Satz 2 erfüllt. In unserem Falle aber können Besitzdiener-Erwerber und Besitzherr-Eigentümer über den Eigentumsübergang gar nicht einig sein,[132]) ohne zugleich den Übergang des Besitzes zu wollen und auch hierüber einig zu sein. Einigung über den Besitzübergang nach § 854, 2 schließt allerdings nicht den Eigentumsübergang mit ein. Die Einigung über den Eigentumsübergang indes schließt begrifflich (weshalb wir sie auch als den weiteren, die Einigung über den Besitzübergang als den engeren Begriff der Einigung bezeichnen könnten) die Einigung darüber, daß der Erwerber Besitzer sein soll, mit ein. Man hat auch nicht die Einigung über den Eigentumsübergang und die über den Besitzübergang, wie sie beide vereint in unserem Falle notwendig erscheinen, als zwei getrennte abstrakte dingliche Verträge aufzufassen, sondern sie bilden eine Einheit, und es ist die eine Einigung, durch die Besitz und Eigentum übergehen. — Man spricht wohl auch bei § 929 Satz 2 von einem „Übergabesurrogat", obwohl das Gesetz richtig nur in den §§ 930, 931 von einem „Ersatz der Übergabe" spricht. Den Normalfall des § 929 Satz 2 als einen Fall des Übergabeersatzes zu bezeichnen, ist aber nicht ganz richtig, da, wo der Erwerber bereits im Besitze der Sache ist, eine Übertragung des Besitzes als solchen überhaupt nicht mehr in Frage kommen und daher auch ein Ersatz der Übergabe nicht notwendig werden kann. Jedoch in ihrer Anwendung auf unseren Fall der Besitzdienerschaft des Erwerbers könnte die Bestimmung des § 929 Satz 2 füglich für einen Fall des Ersatzes der Übergabe gelten; denn immerhin spielt dabei ein integrierender Bestandteil der Übergabe — die Einigung über den Besitzübergang als die Grundlage des Besitzübertragungsgeschäftes — mit.

Aus dem oben über die Einheit der beiden Einigungen Gesagten ergibt sich jedoch, daß eine besondere Regelung des

---

[132]) vgl. hierzu und dem Folgenden auch unten S. 106 ff.

Falles der Besitzdienerschaft des Erwerbers unter Ziff. 1 „Übertragung“ 3. Titel des 3. Abschn. des III. Buches BGB. nicht notwendig war, wenn sich auch eben hier zu den Bestimmungen über den Besitzerwerb (§§ 854, 2 u. 868) die Parallelbestimmungen in den §§ 929 Satz 2 u. 930 finden. Eine Parallelbestimmung zu § 855 fehlt und kann, wie dargetan, fehlen, ohne daß damit in der engen inneren Beziehung zwischen Besitz und Eigentum eine Lücke entstünde.

Noch aber ist die Frage nach dem Abhängigkeitsverhältnis zu beantworten. Dieses obligatorische Verhältnis bleibt nach der obigen Darstellung von den rein dinglichen Vorgängen des Besitz- und Eigentumsüberganges zunächst und an sich gänzlich unberührt. Kann das Abhängigkeitsverhältnis, wie ich annehmen möchte, nicht allein an sich, sondern auch mit Bezug auf die Sache, an der der Besitzdiener Eigentum erworben hat, fortbestehen, so ist allerdings zu unterstellen, daß, solange das Abhängigkeitsverhältnis währt, der Besitz, der auf den Eigentümer durch Einigung mitsamt dem Eigentum übergegangen ist, ruht (was bei dinglichen Rechten, eben wegen ihrer dinglichen Natur, möglich ist),[133] um dann ohne weiteres, d. h. ohne einen neubegründenden Akt, wiederaufzuleben.[134] Aber auch wenn man dem nicht folgen wollte, so wird man zugeben müssen, daß die Einigung nicht auf das Abhängigkeitsverhältnis, sondern nur auf das Besitzverhältnis unmittelbar einwirkt, indem sie den Besitz von dem Eigentümer-Besitzherrn auf den Erwerber-Besitzdiener überträgt und damit allerdings die Voraussetzung der Besitzdienerschaft nach § 855 und auf diesem Wege mittelbar auch das Abhängigkeitsverhältnis aufhebt.

---

[133]) vgl. Heilfron, Lehrb. Bd. 3 S. 21, 14.

[134]) Daß der Besitzdiener nur die Besitzerrechte aus § 859 geltend machen darf (§ 860), nicht dagegen die aus den folgenden Paragraphen, kann gegen die vorliegende Annahme nicht eingewendet werden, da der „ruhende Besitz“ des Besitzdienereigentümers selbstverständlich auch dann ohne weiteres wieder aufleben würde, wenn dem Besitzdiener sein Quasibesitz entzogen würde, zumal der Besitzdiener dann auch gar nicht mehr den Weisungen des Besitzherrn in bezug auf die Sache folgen könnte, der Fall also faktisch so läge, wie wenn der Besitzdiener das Abhängigkeitsverhältnis selbst tatsächlich gelöst hätte.

Man könnte schließlich auch so konstruieren, daß, wenn Besitzherr und Besitzdiener die Fortdauer des Abhängigkeitsverhältnisses wollen, obwohl der Besitzdiener Eigentümer geworden ist, der Besitzdiener dem Besitzherrn die Sache weiter überläßt auf Grund eines der im § 868 vorausgesetzten Rechtsverhältnisse, also etwa Leihe, oder daß beide geradezu ein constitutum possessorium nach § 930 vereinbaren, wofür ja die erste Voraussetzung: „Ist der Eigentümer (Besitzherr) im Besitz der Sache, . . .“ bei der Besitzdienerschaft gegeben ist. Auf diese Weise würde der Besitzdiener-Erwerber zunächst nur mittelbaren Besitz erwerben, dann aber eben dieser ruhen, da der Besitzdiener als solcher ja die „stärkere“ Stellung des unmittelbaren Besitzers, wenn auch gerade nicht dem Besitzherrn als dem wahren unmittelbaren Besitzer gegenüber, hätte. Mit dieser Konstruktion wäre indes im wesentlichen nichts anderes erreicht, als wenn man das Zwischenglied eines nach § 868 zu begründenden Verhältnisses fortläßt, und es kommt schließlich auch hier darauf an, ob „ruhender Besitz“ in dem dargelegten Sinne möglich ist. Es muß uns hier indes genügen, die Frage überhaupt aufgeworfen zu haben, zumal für unsere Untersuchung von ihrer Beantwortung nichts Wesentliches abhängen dürfte.

Was die Besitzdienerschaft gemäß § 855 für uns hier besonders interessant macht, ist der Umstand, daß der Besitzdiener die tatsächliche Gewalt über eine Sache ausübt, ohne im Besitze der Sache zu sein, und daß daher auch auf ihn recht eigentlich die Voraussetzung des § 854, 2 zutrifft, nämlich in der Lage zu sein, die tatsächliche Gewalt über die Sache auszuüben, ohne selbst Besitzer zu sein.

Ferner bietet die Besitzdienerschaft auch insofern interessante Vergleichspunkte dar, als auch bei ihr, wie beim Kauf, die dinglichen und die obligatorischen Verhältnisse einerseits eng miteinander verknüpft und andererseits doch auch wieder gerade im Punkte des Besitzes grundsätzlich aufs schärfste zu trennen sind.

Aus dem Umstande, daß der Besitzdiener, der die Sache kauft, über die er für den Besitzherrn die tatsächliche Gewalt ausübt, nicht abzunehmen braucht, obwohl er nicht Besitzer der

Sache ist, haben wir den Schluß gezogen, daß die Abnahme nicht eigentlich zu dem Zwecke dient, um dem Käufer Besitz zu verschaffen, sondern um lediglich zunächst das Verhältnis zu der Sache herzustellen, in dem gerade der Besitzdiener als solcher zu der Sache steht, und das es daher überflüssig macht, in diesem Falle noch eigens abzunehmen.

Wie aber läßt sich dies nun damit vereinigen, daß, wer abnimmt, dadurch schon Besitz erwirbt und gar nicht anders abnehmen kann, als indem er gleichzeitig Besitz erwirbt? Oder läßt sich etwa der Erwerb des Besitzes, als nicht zur Abnahmepflicht des Käufers gehörig, trennen davon, d. h. als dem eigentlichen Inhalt der Abnahmepflicht, daß sich der Käufer in die Lage bringt, die tatsächliche Gewalt über die Sache auszuüben?

Der Käufer soll — und das ist eine essentiale negotii: „Der Verkäufer ist verpflichtet, dem Käufer ... das Eigentum an der Sache zu verschaffen“ (§ 433) — Eigentum erwerben. Das Eigentum aber kann ohne Besitz nicht übergehen: will der Käufer Eigentum erwerben, was in seinem Belieben als Gläubiger steht, so muß er auch Besitzer sein oder werden wollen, sei es unmittelbarer (§ 929), sei es mittelbarer (§§ 939, 931). Als Mittel oder Voraussetzung des Eigentumserwerbes ist aber auch der Besitzerwerb an sich in das Belieben des Käufers als Gläubigers gestellt. Insbesondere wenn der Käufer, damit das Eigentum auf ihn übergehe, nur mittelbaren Besitz zu erwerben braucht, weil der Verkäufer vereinbarungsgemäß den unmittelbaren Besitz behält (§ 930) oder nur den mittelbaren Besitz auf Grund des Herausgabeanspruches überträgt (§ 931 in Verb. mit § 870), ist der Käufer zum Erwerbe dieses mittelbaren Besitzes nicht verpflichtet, und der Verkäufer kann auch nicht dann, wenn der Käufer erklärt, das Eigentum und damit auch den mittelbaren Besitz nicht erwerben zu wollen, nun auf Grund des § 433, 2 Erwerb des Besitzes durch Abnahme verlangen; denn der Kaufvertrag lautete nicht auf Eigentumsverschaffung und Übergabe einerseits und Kaufpreiszahlung und Abnahme andererseits, sondern auf Eigentumsverschaffung und Übergabeersatz (constitutum possessorium oder Vindikationszession) einerseits und Kaufpreiszahlung andererseits. Ist aber der Käufer

in diesen Fällen nicht zum Besitzerwerb verpflichtet, so kann auch in allen anderen Fällen der Besitzerwerb als solcher nicht eigentlich zu den Pflichten des Käufers gehören.

Dem könnte allerdings entgegengehalten werden, daß in der Vereinbarung über das constitutum possessorium oder die Vindikationszession ein Verzicht, wie auf die Übergabe auf seiten des Käufers, so auf die Abnahme auf seiten des Verkäufers mitenthalten sei, ein Verzicht, der dann eben nicht vorläge, wenn Vereinbarungen gemäß §§ 930, 931 nicht getroffen sind. So richtig das aber auch an sich sein mag, so schafft es doch nicht die Tatsache aus der Welt, daß der Verkäufer-Eigentümer in den Fällen der §§ 930, 931, wenn er auch auf die Abnahme verzichtet, weil der Verkäufer seinerseits auf die Übergabe verzichtet und sich mit einem Übergabeersatz begnügt, gleichwohl auf die Besitzübertragung weder verzichtet noch überhaupt verzichten kann. Denn nicht nur erwirbt tatsächlich der Käufer in den Fällen der §§ 930, 931 Besitz, wenn auch nur mittelbaren, sondern wenn Eigentum (an einer beweglichen Sache) übergehen soll, so kann dabei auf Besitz des Erwerbers überhaupt nicht verzichtet werden[135]: das Eigentum geht nicht über, wenn nicht oder ohne daß der Erwerber Besitzer — mittelbarer oder unmittelbarer — ist oder wird. Insofern bedeutet bezw. kann nicht Verzicht auf die Abnahme Verzicht auf Besitzerwerb seitens des Käufers bedeuten, und auch insofern kann die Abnahme nichts mit dem beim Kauf als Eigentumsverschaffungs- bezw. Übertragungsgeschäfte begrifflich notwendigen Besitzerwerb seitens des Käufers zu tun haben: auf den Besitzerwerb kann der Käufer als Gläubiger verzichten, wie er auf die Eigentumsverschaffung und die Übergabe als Besitzübertragung verzichten kann, auf die Abnahme dagegen kann der Käufer als Schuldner nicht verzichten, darauf könnte höchstens der Verkäufer eben als Abnahmegläubiger verzichten, indem er sich mit einem Übergabeersatz begnügte und etwa auf die nachträgliche Vereinbarung eines constitutum possessorium einginge.

---

[135]) vgl. oben S. 102ff.

Wenn aber die Übergabe an sich notwendig ist, weil der Verkäufer-Eigentümer im Besitze der Sache ist, und es wird auch nicht ein Übergabeersatz nach § 930 vereinbart, dann kann der Verkäufer auch nicht auf die Abnahme verzichten, ohne daß der Käufer seinerseits auf die Eigentumsverschaffung verzichtet. Erklärt der Käufer, das Eigentum erwerben zu wollen, so kann er nicht gleichzeitig erklären, nicht abnehmen und den Besitz nicht zu wollen. Indem nämlich der Käufer erklärt, das Eigentum zu wollen, so liegt darin schon das seinerseits, d. h. seitens des Eigentumserwerbers zur Einigung zunächst Erforderliche. Das gleiche gilt von dem Verkäufer als dem zur Übertragung des Eigentums Bereiten und Gewillten. Die Einigung darüber, daß das Eigentum übergehen soll, müßte also an sich perfekt sein. Aber einmal würde in diesem Falle die Einigung über den Übergang des Eigentums an sich gar nicht genügen zum Übergang des Eigentums, und sodann ist auch diese Einigung selbst in Wahrheit noch gar nicht perfekt. Denn das Wollen des Eigentumserwerbes auf seiten des Käufers deckt sich noch keineswegs mit dem Wollen der Eigentumsübertragung auf seiten des Verkäufers-Eigentümers. Es besteht vielmehr eine Inkongruenz der beiden Willensinhalte insofern, als der Käufer Eigentumserwerb *ohne* Besitzerwerb, der Verkäufer dagegen Eigentumsübertragung *mit* Besitzübertragung will. Denn der Besitz als solcher kann, solange die Sache nicht untergegangen oder verloren oder sonst abhanden gekommen ist, nicht untergehen und muß entweder bei dem bisherigen Besitzer verbleiben oder auf einen anderen als Besitzer übergehen. Der Verkäufer-Eigentümer-Besitzer aber, der das Eigentum übertragen will, muß entweder Besitz behalten oder auch ihn übertragen wollen. Würde er in bezug auf den Besitz gar nichts wollen, so würde eben einfach der Besitz dort bleiben, wo er ist, nämlich bei ihm, dem Verkäufer.

In allen Fällen des Erwerbes des Eigentums an einer beweglichen Sache, in denen der Erwerber nicht bereits im Besitze der Sache ist, ist also die Einigung über den Eigentumsübergang mit der Einigung über den Besitzübergang begrifflich notwendig verbunden: Einigung über den Eigentumsübergang ist zugleich Einigung über den Besitzübergang, oder sie liegt

eben überhaupt nicht oder noch nicht vor. Zum Besitzerwerb allein ist Einigung jedoch nicht erforderlich, sondern der Besitz wird durch Erlangung der tatsächlichen Gewalt erworben. Die Einigung auch über den Besitzübergang ist vielmehr nur dann begrifflich notwendig, wenn eben das Eigentum übergehen soll (und der Erwerber noch nicht im Besitze der Sache ist). Aber auch hier genügt zum Besitzerwerb nicht die Einigung allein, sondern der Erwerber muß auch in der Lage sein, die tatsächliche Gewalt über die Sache auszuüben (§ 854, 2). Das trifft aber auf den Erwerber nicht zu, solange als der Eigentümer die tatsächliche Gewalt über die Sache ausübt und unmittelbarer Besitzer ist.

Die Sache liegt demnach so: Zum Erwerbe des Eigentums genügt die Einigung darüber, daß das Eigentum übergehen soll, wenn der Erwerber im Besitze der Sache ist, zum Erwerbe des Besitzes aber genügt die Einigung, wenn der Erwerber in der Lage ist, die tatsächliche Gewalt über die Sache auszuüben. Beim Kaufe hat also die Abnahme lediglich die Aufgabe, die rechtliche Funktion, den Käufer in die Lage zu bringen, die tatsächliche Gewalt über die Sache auszuüben; zum Übergang des Besitzes genügt alsdann die Einigung, die zugleich Einigung über den Eigentums- wie über den Besitzübergang ist und auch begrifflich nur beides zugleich sein kann.

Im Normalfalle also, wenn der Käufer dem ablieferungsbereiten Verkäufer die Sache abnimmt, hat die Abnahme rechtlich lediglich die tatsächliche Bedeutung, daß sie den Käufer in die Lage bringt, die tatsächliche Gewalt über die Sache auszuüben; der Besitzübergang vollzieht sich gleichzeitig durch die Einigung darüber, daß das Eigentum und damit auch der Besitz übergehen soll. Hier entfällt somit rechtlich die Funktion der Abnahme als eigentlicher Besitzerwerbshandlung, und es ist in der Tat, wie oben gefordert, „der Erwerb des Besitzes, als nicht zur Abnahmepflicht des Käufers gehörig, davon, daß sich der Käufer in die Lage bringt, die tatsächliche Gewalt über die Sache auszuüben, d. h. als von dem eigentlichen Inhalt der Abnahmepflicht, getrennt".

Wie aber nun, wenn der Käufer wohl Eigentum erwerben,

aber nicht abnehmen wollte? Hier würde nach dem oben Gesagten die Einigung über den Eigentumsübergang auch die Einigung über den Besitzübergang begrifflich mitumfassen müssen; die Einigung über den Besitzübergang ist aber inhalts- und bedeutungslos, wenn der Erwerber nicht in der Lage ist, die tatsächliche Gewalt über die Sache auszuüben. Es fehlt hier also nur, daß der Käufer sich durch die Abnahme in die Lage bringt, die tatsächliche Gewalt über die Sache auszuüben, um der Einigung über den Besitzübergang ihre volle Bedeutung zu geben und auch damit erst die Einigung über den Eigentumsübergang perfekt zu machen. Wenn in diesem Falle, d. h. unter der Voraussetzung, daß der Käufer Eigentum erwerben will, und somit der Einigung über den Eigentumsübergang nichts im Wege steht als die begrifflich notwendige Einigung über den Besitzübergang, der Verkäufer auf Abnahme klagt, so klagt er nicht eigentlich darauf, daß der Käufer Besitz erwirbt, sondern vielmehr lediglich darauf, daß er sich in die Lage bringt, die tatsächliche Gewalt über die Sache auszuüben, — der Besitzerwerb vollzieht sich alsdann auf Grund der von Anfang an vorhandenen Einigung —. Es ist also auch in diesem Falle nicht notwendig, die Abnahmepflicht als „Sichbesitzverschaffungspflicht" zu definieren. Gewiß, wer abnimmt, erwirbt Besitz. Aber wie oben bereits hervorgehoben, hat jede Ansichnahme Erlangung der tatsächlichen Gewalt — Besitz — zur Folge. Aber die Abnahme des § 433, 2 ist nicht danach zu beurteilen, was sie an sich ist, sondern was sie innerhalb des Kauf-Verkauf-Schuldverhältnisses ihrer rechtlichen Funktion nach bedeutet. Und hier, wo Einigung über den Eigentumsübergang erforderlich, bedarf es der Abnahme nur, um den Käufer in die Lage zu bringen, die tatsächliche Gewalt über die Sache auszuüben und damit die Bedingung für die Perfektion der Einigung zu setzen. Die Aufgabe der Besitzübertragung wird hier von der Einigung übernommen. Daß die Abnahme auch an sich Besitz zur Folge hat, bleibt im rechtlichen Zusammenhang des Kauf-Verkauf-Schuldverhältnisses außer Betracht: Die Abnahme als rechtliches Zubehör des Kaufvertrages hat innerhalb des letzteren nur die rechtliche Funktion, den Käufer in die Lage zu bringen, die tat-

sächliche Gewalt über die Sache auszuüben, also die Voraussetzung des § 854, 2 zu erfüllen; die rechtliche Funktion der Besitzübertragung fällt der Einigung zu.

Behält dies aber nun auch seine Gültigkeit für den Fall, daß der Käufer abnehmen, nicht aber das Eigentum erwerben will? Nimmt der Käufer ab, bloß um seiner Abnahmeleistungspflicht zu genügen, indem er gleichzeitig erklärt, die Leistung nicht annehmen, das Eigentum nicht zu wollen, so erwirbt er jedenfalls infolge der bloßen Abnahme Besitz, nicht jedoch Eigentum, auch wenn er den Kaufpreis bezahlt hat und der Verkäufer gewillt ist, das Eigentum zu übertragen. Denn daß die Kaufpreiszahlung an sich nichts mit dem Erwerb des Eigentums zu tun hat, bedarf ebensowenig der Betonung, wie daß zur Übertragung des Eigentums nicht der einseitige Übertragungswille des Eigentümers genügt, sondern mindestens Einigung, d. i. beiderseitige Übereinstimmung des Willens, zum Ubergang des Eigentums erforderlich ist.

Wie verhält es sich nun einerseits mit dem Eigentum und andererseits mit dem Besitz des bisherigen Eigentümers-Besitzers-Verkäufers? Auf Grund des Kaufvertrages kann der Verkäufer nichts mehr verlangen, da der Käufer sowohl den Kaufpreis gezahlt als auch abgenommen hat. Insbesondere könnte der Verkäufer nicht verlangen, daß der Käufer ihn von Eigentum und Besitz der Kaufsache befreite, wofern diese infolge der Weigerung des Käufers, das Eigentum zu erwerben, wirklich noch bestehen sollten. Würde der Käufer erklärt haben, auf die Eigentumsverschaffung verzichten zu wollen, und der Verkäufer diesen Verzicht angenommen haben, so würde damit das Kaufschuldverhältnis erledigt, die Sachlage für uns ohne Interesse sein. Wir haben hier vielmehr davon auszugehen, daß der Verkäufer den Verzichtsantrag, der in der Erklärung des Käufers, das Eigentum nicht erwerben zu wollen, enthalten sein mag, nicht annimmt, und es ergibt sich dann, d. h. also, wenn der Käufer abgenommen hat, bloß um seiner Abnahmepflicht zu genügen, und solange die Weigerung des Käufers, Eigentum zu erwerben, besteht, ein Schwebezustand: der Verkäufer ist einverstanden, daß das Eigentum übergehe, der Käufer nicht. Sobald der

Käufer auch seinerseits sich einverstanden erklären würde, wäre die Einigung gegeben, das Eigentum auf den Käufer übergegangen. Daß in dem angegebenen Falle Anlaß gegeben sein mag zu einer Klage auf Feststellung, daß der Käufer Eigentümer ist, bezw. der Verkäufer nicht mehr Eigentümer ist, hat hier zunächst außer Betracht zu bleiben. Es fragt sich vielmehr lediglich, wie die Eigentums- und Besitzverhältnisse während jenes Schwebezustandes gestaltet sind. Der Käufer, der abgenommen, hat damit seine Abnahmepflicht erfüllt, und das Schuldverhältnis, dessen Gegenstand die Abnahmeleistung ist, hat seine endgültige Erledigung gefunden (natürlich vorausgesetzt, daß die abgenommene Sache die vertragsmäßige Kaufsache ist); soweit der Kaufvertrag noch in Frage kommt, ist die Kaufsache, wenn abgenommen, auch abgetan, d. h. der Käufer kann in keiner Weise aus dem Kaufvertrage selbst einen Anspruch gegen den Verkäufer herleiten, daß dieser zu einer Veränderung der Lage der abgenommenen Kaufsache irgendwie beitrage, er kann insbesondere auch nicht verlangen, daß der Verkäufer ihm die abgenommene Kaufsache wieder ab- bezw. zurücknehme. Mit erfolgter Abnahme befindet sich die Kaufsache endgültig mindestens örtlich in der Lage, wie sie das obligatorische Kaufschuldverhältnis erfordert. Alles Weitere bezüglich der Sache kann sich nur aus den dinglichen Verhältnissen ergeben. Wenn also der Verkäufer infolge der Weigerung des Käufers, das Eigentum zu erwerben, Eigentümer bleibt, so steht ihm als solchem während des Schwebezustandes der Herausgabeanspruch des § 985 zu, obwohl, wovon hier ja ausgegangen ist, der Käufer den Kaufpreis bezahlt hat. Dem dinglichen Herausgabeanspruch des Verkäufers-Eigentümers kann allerdings der Käufer mit der Einrede des vom Verkäufer nicht erfüllten Vertrages begegnen (weil der Verkäufer ihm nicht das Eigentum verschafft habe), und das schließliche Ergebnis wird ein Feststellungsurteil dahingehend sein, daß das Eigentum endgültig übergegangen sei. Es könnte aber auch in der Geltendmachung des Herausgabeanspruches die Annahme eines vom Käufer ausgesprochenen und bis dahin während des Schwebezustandes aufrechterhaltenen Verzichtes auf Eigentumserwerb durch den Verkäufer liegen und damit dieser

Verzicht wirksam werden, so daß dann der Verkäufer der Einrede des nicht erfüllten Vertrages des Käufers die weitere Einrede entgegenstellen könnte, daß der Käufer auf den Erwerb des Eigentums wirksam verzichtet habe, und es müßte nun der Käufer zur Herausgabe der Kaufsache verurteilt werden. Die weitere Frage, ob dann noch der Käufer die Herausgabe des Kaufpreises wegen ungerechtfertigter Bereicherung fordern könnte, ist wohl zu bejahen, wenn auch nicht verkannt werden soll, daß in dem Verzicht auf den Eigentumserwerb zugleich auch der Verzicht auf den Kaufpreis als vorliegend anzusehen sein könnte.

Lassen wir das indes auf sich beruhen, so bleibt die für uns hier wesentliche Frage, ob der Verkäufer, solange der Käufer, der abgenommen und den Kaufpreis bezahlt hat, noch nicht Eigentümer geworden ist, den Herausgabeanspruch des Eigentümers überhaupt geltend machen kann. Auf Grund des Kaufvertrages kann er es selbstverständlich nicht, da, was er auf Grund des letzteren vom Käufer verlangen kann, von diesem bereits getan ist: es handelt sich lediglich um den dinglichen Anspruch. Und dieser Anspruch ist an sich gegeben: „der Eigentümer kann von dem Besitzer die Herausgabe der Sache verlangen“ (§ 985). Denn daß der Käufer, der abnimmt, Besitz erwirbt, ist nicht zu bezweifeln. Aber es ist ein Besitz eigener Art. Einigung darüber, daß der Besitz übergeht, hat bei der Abnahme nicht bestanden. Denn wenn auch die Einigung über den Besitzübergang die Einigung über den Eigentumsübergang an sich nicht mitzuumfassen braucht, so schließt doch der Einigungswille des Verkäufers den Willen zum Übergang des Eigentums mit ein, denn der Verkäufer kann, zumal wenn der Käufer den Kaufpreis bezahlt hat, kein Interesse daran haben, noch weiterhin zur Eigentumsverschaffung verpflichtet zu bleiben: er will der Verpflichtungen aus diesem Kaufschuldverhältnis los und ledig werden, und eine andere Einigung, als die über Eigentums- und Besitzübergang zugleich, ist in diesem Falle ganz sinnlos. Der Käufer seinerseits hat an einer Einigung über den Besitzübergang keinerlei Interesse: er nimmt ab, und die von seinem Willen an sich ganz unabhängige Folge ist Besitz. Es handelt sich also um einen Besitz, der derivativ erworben sein

müßte, dem aber die zum derivativen Besitzerwerb erforderliche Willenseinigung fehlt. Der Besitz des Käufers kann aber auch nicht als ein fehlerhafter bezeichnet werden, da er nicht durch verbotene Eigenmacht erlangt, bezw. dem Verkäufer, wenn auch ohne Einigungswillen, so doch nicht „ohne dessen Willen entzogen" ist. Es kann also höchstens von einem Besitz nach § 856 gesprochen werden, der auf seiten des Verkäufers-Besitzers dadurch beendigt ist, daß dieser ihn (freiwillig) aufgegeben hat, allerdings in der Absicht und zu dem Zwecke, um den Verkäufer in die Lage zu versetzen, die tatsächliche Gewalt über die Sache auszuüben, nicht aber, um auf das Eigentum zu verzichten, denn sonst würde die Sache herrenlos (§ 959). Die Sache ist also durch diese Aufgabe zunächst besitzerlos geworden, zugleich aber von dem Käufer durch Erlangung der tatsächlichen Gewalt — quasioriginär — erworben.

In der Tat hat im vorliegenden Falle der Käufer allein Besitz, da weder Besitzdienerschaft vorliegt noch auch ein Verhältnis nach § 868 vereinbart ist, das mittelbaren Besitz des Verkäufers begründen würde. Das dem Verkäufer verbleibende Eigentum stellt daher auch einen der seltenen Fälle des besitzerlosen Eigentums dar.

Obwohl hiernach der Besitz auf seiten des Verkäufers restlos beendet ist und der Verkäufer keinen Anteil mehr daran hat, so entbehrt er dennoch der endgültigen Regelung, da er nicht nur — wenn auch bloß formal rechtlich — dem Herausgabeanspruch des Verkäufers-Eigentümers unterliegt, sondern auch weder derivativ noch eigentlich originär erworben ist und daher sich nur mit der bloßen Ausübung der tatsächlichen Gewalt, wie im Falle der Besitzdienerschaft, vergleichen läßt. Es bleibt also auch hier in gewissem Sinne Raum für die Auffassung, daß der Käufer sich durch die Abnahme lediglich in die Lage versetzt, wie ein Besitzdiener die bloße tatsächliche Gewalt über die Sache für den Verkäufer-Eigentümer oder richtiger an dessen Stelle auszuüben, allerdings ohne dessen Weisungen bezüglich der Sache folgen zu müssen. Im Gegenteil, obwohl er dem Herausgabeanspruch unterliegt, braucht der Käufer der Kaufsache in diesem Falle keinerlei Sorgfalt zuzuwenden, und wenn bei Geltend-

den Käufer über, sondern der Verkäufer gibt den Besitz auf (§ 856), allerdings um den Käufer in die Lage zu bringen, die tatsächliche Gewalt über die Sache auszuüben, und ferner unter der Voraussetzung, daß sich auch der Käufer seinerseits in diese Lage versetzt bezw. zur Zeit der Besitzaufgabe seitens des Verkäufers versetzt hat, und dann schließt sich an das Ende des Besitzes des Verkäufers der Besitz des Käufers an der nunmehr also besitzerlosen (§ 856) Sache durch die Abnahme als quasi-originären Besitzerwerb an. Durch diese Konstruktion wird eine Trennung zwischen dem Besitz des Verkäufers und des Käufers herbeigeführt, die an sich notwendig ist, weil die eigentliche Einigung über den Besitzübergang fehlt. Nur ob zu dieser, also zu der im ganzen Zusammenhang des Kaufschuldverhältnisses notwendig mit der Einigung über den Eigentumsübergang verbundenen Einigung über den Besitzübergang der Käufer gezwungen sein kann, entscheidet über die Frage, ob die Pflicht zur Abnahme Verpflichtung zur Annahme der Besitzübertragung bedeutet. Mag auch sonst „Einigung" zwischen Verkäufer und Käufer bei der Abnahme als tatsächlich vorliegend anzusehen sein — denn eine gewisse „Einigung" muß, der obigen Konstruktion ungeachtet, wenn der Käufer abnimmt, immer stattfinden, da der Besitzerwerb infolge von Abnahme doch nicht eigentlich originär sein kann, —, hier, wo die Einigung über den Eigentumsübergang fehlt, kommt eine solche selbstverständliche Einigung, wie man sie bezeichnen könnte, die also auf der Seite des Käufers einfach in dessen Wissen liegen müßte, daß die Abnahme notwendig Besitzerwerb zur Folge hat, ebensowenig in Betracht, wie eben die Tatsache selbst, daß die Abnahme an sich Besitzerwerb zur Folge hat, im Zusammenhange des Kaufschuldverhältnisses, da in diesem Zusammenhange die Abnahme nicht die rechtliche Funktion der „Sichbesitzverschaffung" des Käufers zu erfüllen, sondern nur den Käufer in die Lage zu bringen hat, die tatsächliche Gewalt über die Sache auszuüben, während die dann noch zum derivativen Besitzerwerb fehlende Einigung über den Besitzübergang zugleich mit der Einigung über den Eigentumsübergang erfolgt.

Wenn wir also unterscheiden zwischen einer uneigentlichen

Einigung, die auf seiten des Käufers deshalb als in jedem Falle vorliegend zu erachten wäre, weil der Käufer weiß und wissen muß, daß die Abnahme eo ipso Besitzerwerb zur Folge hat, und zwischen einer eigentlichen Einigung über den Besitzübergang, die — zwischen Käufer und Verkäufer — in begrifflicher Verbedingung mit der Einigung über den Eigentumsübergang stehen müßte, so werden wir daraus, daß die Einigung in dem ersterwähnten Sinne stets vorhanden sein muß, wenn Abnahme stattfindet, ebensowenig die Folgerung zu ziehen brauchen, daß der Käufer zur Abnahme auf dem Wege des derivativen Besitzerwerbes durch die Einigung, d. h. zur Annahme der mit dem Willen gleichzeitig zur Eigentumsverschaffung von seiten des Verkäufers erfolgenden Besitzübertragung verpflichtet sei, wie daraus, daß eben die Abnahme Besitzerwerb zur Folge hat. So wenig man daraus, daß die Abnahme Besitzerwerb zur Folge hat, schließen darf, daß der Käufer zum Besitzerwerb verpflichtet sei, so wenig darf man auch daraus, daß der Käufer, der abnimmt, weiß, daß die Abnahme Besitzerwerb zur Folge hat, er also in diesem Bewußtsein abnimmt, daß er zu der zum derivativen Besitzerwerb erforderlichen Einigung verpflichtet sei. Man wird vielmehr, wie oben, konstruieren dürfen und müssen und dabei an die Sachlage bei der Besitzdienerschaft zu denken haben, nur daß bei dieser, wenn der Besitzdiener nicht derivativ Besitz erwerben wollte, er eben aus verbotener Eigenmacht handeln und fehlerhaften Besitz erwerben würde.

Wie aber gestaltet sich nun die Anwendung der dargelegten Grundsätze auf den praktischen Hauptfall, daß der Käufer weder abnehmen noch Eigentum erwerben will?

Wir hatten oben den Fall betrachtet, daß der Käufer wohl Eigentum erwerben, aber nicht abnehmen will. Hier ergab sich, daß eine Klage des Verkäufers auf Abnahme nur die Bedeutung haben kann, den Käufer zu zwingen, daß er sich seinerseits in die Lage bringt, die tatsächliche Gewalt über die Sache auszuüben, oder daß er die Kaufsache in eine Lage bringen läßt, die ihm die Ausübung der tatsächlichen Gewalt ohne weiteres gestatten würde, da hier eben in der Einigung über den Eigentumsübergang die (allerdings, solange als der Käufer nicht in der

Lage ist, die tatsächliche Gewalt über die Sache auszuüben, bedeutungslose — latente —) Einigung über den Besitzübergang begrifflich mitenthalten sein muß. Eben diese Einigung über den Eigentumsübergang fehlt aber dann, wenn der Käufer weder abnehmen noch Eigentum erwerben will. Sie fehlt aber auch ferner in dem zuletzt betrachteten Falle, daß der Käufer abgenommen hat, ohne Eigentum erwerben zu wollen. Die Einigung kann aber natürlich nicht durch Leistungsklage herbeigeführt werden. Es besteht aber zwischen den beiden Fällen ein gewisser Unterschied darin, daß in dem einen, wo der Käufer die Abnahme verweigert, der Verkäufer noch klagen, die Abnahmeleistung fordern kann, in dem anderen Falle der Käufer abgenommen hat, der Verkäufer keine Leistungsklage, nichts mehr von dem Käufer zu fordern hat.

Wenn der Verkäufer, ohne daß Einigung über den Eigentumsübergang besteht, also in dem Falle, daß der Käufer weder abnehmen noch Eigentum erwerben will, auf Abnahme klagt, so können wir der Auffassung, daß er mit der Abnahme Annahme der Besitzübertragung fordert, nicht dadurch begegnen, daß wir uns auf die in der Einigung über den Eigentumsübergang latent bereits mitenthaltene Einigung über den Besitzübergang berufen. Hier will vielmehr der Verkäufer, der auf Abnahme klagt, Abnahme mit der Folge des Besitzerwerbes von seiten des Käufers, und nicht nur das — er klagt auf Abnahme auch zugleich mit dem Willen seinerseits zur Eigentumsübertragung. Der Verkäufer kann überhaupt nicht auf Abnahme klagen ohne den Willen, auch das Eigentum zu übertragen. Wollte er die Abnahme fordern, bloß um die Sache abgenommen zu bekommen, so könnte der Käufer wirksam einwenden, daß er zur Abnahme einer Sache, die ihm nicht zu Eigentum übertragen werden soll, nicht verpflichtet ist. Denn der Verkäufer kann eben nur als Verkäufer, d. h. im ganzen Zusammenhang des ihn zu Eigentumsverschaffung und Übergabe verpflichtenden Kaufvertragsverhältnisses die Abnahme fordern, und die Abnahmepflicht besteht für den Käufer nicht bloß gegenüber einer unmittelbar abnahmefähigen Sache, sondern auch nur gegenüber einer Sache, die, wenn sie abgenommen, auch ohne weiteres Eigentum des Käufers wird, natürlich vor-

ausgesetzt, daß es auch auf seiten des Käufers nicht an dem zum Eigentumsübergang erforderlichen Einigungswillen fehlt. Vom Verkäufer aus gesehen, kann also das Verlangen nach Abnahme, wenn es gerechtfertigt sein soll, gar keinen anderen Sinn haben, als daß er nicht nur die Sache loswerden, sondern auch das Eigentum und den Besitz übertragen will. Vom Käufer aus gesehen, hat es lediglich den Sinn, daß er eben abnehmen muß. Nur diese Forderung, nicht dagegen seinen Willen zur Übertragung von Eigentum und Besitz, kann der Verkäufer direkt in eine Leistungsklage umsetzen. Der Käufer braucht also nur abzunehmen, um abgenommen zu haben, der Verkäufer dagegen kann die Abnahme nicht fordern, nur um abgenommen zu bekommen, und der Käufer könnte weder in Abnahmeleistungsverzug noch in Leistungsannahmeverzug kommen, wenn er sich gegenüber dem Verkäufer, der die Abnahme verlangt, nur um abgenommen zu bekommen, abzunehmen weigert; wenn er dagegen abnimmt, nur um abgenommen zu haben, kann der Käufer nur in Leistungsannahmeverzug kommen.

Wenn wir aber nun unsere Auffassung von der Bedeutung der Abnahme noch in dem Falle prüfen wollen, daß der Käufer weder abnehmen noch Eigentum erwerben will, so dürfen wir die beiden obigen Gesichtspunkte vom Verkäufer aus einerseits und vom Käufer aus anderseits nicht miteinander vermengen. Selbstverständlich braucht der Verkäufer, wenn der Käufer die Abnahmeleistung anbietet, indem er erklärt, abnehmen zu wollen, sich die Sache nicht abnehmen zu lassen, falls der Käufer erklärt hat, das Eigentum nicht auch erwerben zu wollen, wie denn auch der Verkäufer als Abnahmegläubiger überhaupt nicht verpflichtet ist, die Abnahmeleistung anzunehmen; der Käufer kommt aber nun auch nicht deshalb in Leistungsverzug, weil er nicht abnimmt, sondern nur in Annahmeverzug, weil er das Eigentum nicht erwerben will. Wenn aber der Verkäufer, ungeachtet der Weigerung des Käufers, das Eigentum zu erwerben, Abnahme verlangt, so kommt der Käufer, wenn er nun sich abzunehmen weigert, in Abnahmeleistungs- und kommt bezw. bleibt selbstverständlich auch in Leistungsannahmeverzug.

Wie aber steht es mit dem Verkäufer, der sich weigert, die

ihm angebotene Abnahmeleistung des Käufers anzunehmen, weil wiederum der Käufer seinerseits sich weigert, das Eigentum zu erwerben? — Der Gläubiger kommt in Verzug, wenn er die ihm rite angebotene Leistung nicht annimmt (§ 293). Einer rite angebotenen Leistung gegenüber gibt es für den Gläubiger keinen rechtlichen Grund, die Annahme der Leistung abzulehnen, und nur wenn die Leistung nicht so, wie sie zu bewirken ist, angeboten wird (§§ 294, 295), tritt Annahmeverzug nicht ein. Wie hat nun der Käufer die Abnahmeleistung anzubieten, um sie so, wie sie zu bewirken ist, anzubieten? — Jedenfalls doch nicht mit der gleichzeitigen Erklärung, das Eigentum erwerben zu wollen. Denn ebendies steht doch fest, daß der Käufer-Gläubiger nicht verpflichtet ist, das Eigentum zu erwerben, und darum kann doch auch nicht die Erklärung, das Eigentum erwerben zu wollen, wesentlicher Bestandteil des Angebots der Abnahmeleistung in dem Sinne sein, daß ohne sie der Käufer-Schuldner die Abnahmeleistung nicht so anbieten würde, wie sie zu bewirken ist. Wenn daher der Verkäufer den Käufer nicht abnehmen läßt, die Abnahmeleistung nicht annimmt, mit der Begründung, daß der Käufer das Eigentum nicht erwerben wolle, so kann ihm diese Begründung insofern nichts helfen, als er trotzdem in Verzug der Annahme der Abnahmeleistung kommt; denn ob der Gläubiger in Verzug der Annahme kommt, hängt ausschließlich davon ab, ob die Leistung, so wie sie zu bewirken ist, angeboten wird. Und der Käufer, der erklärt, abnehmen, nicht aber Eigentum erwerben zu wollen, bietet damit die Abnahmeleistung so an, wie sie zu bewirken ist.

Wie also der Verkäufer die Abnahmeleistung nur fordern kann, indem er zugleich die Eigentumsverschaffungsleistung anbietet, so kann aber auch der Käufer diese Leistung nur fordern, indem er zugleich die Abnahmeleistung anbietet. Fehlt das Gegenangebot, so findet auf beiden Seiten § 298 Anwendung, d. h. der Verkäufer kommt in Verzug der Annahme der Abnahmeleistung, wenn er nicht die Eigentumsverschaffungsleistung anbietet, und der Käufer kommt in Verzug der Annahme der Eigentumsverschaffungsleistung, wenn er nicht die Abnahmeleistung anbietet. Selbstverständlich aber ist nicht umgekehrt

der Verkäufer verpflichtet, wenn er die Eigentumsverschaffungsleistung anbietet, auch die Abnahmeleistung anzunehmen, noch der Käufer, wenn er die Abnahmeleistung anbietet, auch die Eigentumsverschaffungsleistung anzunehmen. Der Verkäufer kann als Gläubiger der Abnahmeleistung nicht zu deren Annahme verpflichtet sein, der Käufer aber kann auch nicht vom Verkäufer die Eigentumsverschaffungsleistung fordern oder, was in diesem Falle gleichbedeutend ist, sich zur Annahme der Eigentumsverschaffungsleistung bereit erklären, ohne gleichzeitig seine Abnahmeleistung anzubieten, bezw. sich zur Abnahme bereit zu erklären. Er würde in Abnahmeleistungs- und in Annahmeverzug kommen, wenn er erklärte, wohl zur Annahme der Eigentumsverschaffungsleistung, nicht aber zur Abnahme bereit zu sein: Abnahmeverzug ohne Annahmeverzug ist unmöglich. — Wäre indes der Verkäufer verpflichtet, die Abnahmeleistung anzunehmen, weil eben doch der Käufer die Eigentumsverschaffungsleistung nicht fordern kann, ohne zugleich die Abnahmeleistung anzubieten, so müßte auch der Käufer verpflichtet sein, die Eigentumsverschaffungsleistung anzunehmen, weil der Verkäufer die Abnahmeleistung nicht fordern kann, ohne zugleich die Eigentumsverschaffungsleistung anzubieten.

Wenn aber die Annahme der Abnahme identisch wäre mit der Besitzübertragung, was der Fall wäre, wenn die Abnahme mit der Annahme der Besitzübertragung identisch wäre, dann wäre allerdings der Verkäufer zur Annahme der Abnahmeleistung verpflichtet, und es müßte entsprechend dann auch der Käufer verpflichtet sein, die Eigentumsverschaffungsleistung anzunehmen. Hiervon kann doch aber keinenfalls die Rede sein, denn der Käufer ist nur zur Abnahme verpflichtet; nimmt er ab, ohne die Eigentumsverschaffungsleistung anzunehmen, so kommt er lediglich in Verzug der Annahme dieser Leistung. Daraus aber ist zu schließen, daß der Verkäufer nicht zur Annahme der Abnahmeleistung verpflichtet und folgeweise diese Annahme der Abnahmeleistung nicht mit der Besitzübertragung identisch sein kann, zu der ja doch der Verkäufer gemäß § 433 verpflichtet ist, und daß also auch nicht die Abnahme Annahme der Besitzübertragung sein kann.

Dasselbe, was bezüglich der Eigentumsverschaffungsleistung, muß aber auch bezüglich der Besitzübertragungsleistung selbst gelten. Der Käufer kann die Besitzübertragungsleistung bezw. die Übergabe nicht fordern, ohne zugleich die Abnahmeleistung anzubieten, und der Verkäufer kann die Abnahmeleistung nicht fordern, ohne zugleich die Besitzübertragungsleistung anzubieten. Oder dasselbe anders ausgedrückt: erklärt sich der Käufer bereit, die Besitzübertragungsleistung anzunehmen, so kann er die Abnahmeleistung nicht — ohne rechtlichen Grund — verweigern, ohne durch diese Weigerung nicht nur in Abnahmeleistungs-, sondern auch Leistungsannahmeverzug zu kommen, und wenn entsprechend der Verkäufer sich zur Annahme der Abnahmeleistung bereit erklärt, so kann er nicht — ohne rechtlichen Grund — die Besitzübertragungsleistung verweigern, ohne durch diese Weigerung nicht nur in Leistungs-, sondern auch in Annahmeverzug zu geraten: die Verweigerung der eigenen Leistung macht die Erklärung, die Leistung der anderen Seite annehmen zu wollen, gleichsam illusorisch, gegenstandslos. Selbstverständlich aber ist der Käufer nicht verpflichtet, wenn er die Abnahmeleistung anbietet, die Besitzübertragungsleistung anzunehmen, noch der Verkäufer, wenn er die Besitzübertragungsleistung anbietet, die Abnahmeleistung anzunehmen. Die Erklärung, die Leistung der Gegenseite annehmen zu wollen, ist auch nicht wesentlicher Bestandteil des Angebots der eigenen Leistung: Der Käufer, der erklärt, abnehmen, aber nicht die Besitzübertragungsleistung annehmen zu wollen, kommt lediglich in Verzug der Annahme der Besitzübertragungsleistung: Der Käufer ist nur verpflichtet, abzunehmen, bloß um abzunehmen bezw. abgenommen zu haben; der Verkäufer ist aber nicht berechtigt, die Abnahme zu fordern, nur um abgenommen zu bekommen, sondern er muß zugleich Besitz übertragen wollen. Wenn der Besitzübertragungswille auf seiten des Verkäufers fehlt, so kann der Käufer die Abnahme verweigern, ohne in Abnahmeleistungsverzug zu kommen. Andererseits braucht aber auch der Verkäufer sich die Sache nicht abnehmen zu lassen, wenn der Käufer erklärt, wohl abnehmen, aber nicht Besitz erwerben zu wollen; er, der Verkäufer, kommt allerdings auch in diesem Falle in Verzug

der Annahme der Abnahmeleistung, da der Käufer nur verpflichtet ist, abzunehmen, um abgenommen zu haben, nicht aber die Besitzübertragungsleistung anzunehmen.

Soweit die Analogie zwischen dem Verhältnis der Abnahmeleistung zur Eigentumsverschaffungsleistung einerseits und zur Besitzübertragungsleistung andererseits. Dieses Verhältnis ist beide Male nicht eigentlich das von Leistung und Gegenleistung: weder steht die Eigentumsverschaffungsleistung noch die Besitzübertragungsleistung zur Abnahmeleistung in diesem Verhältnis, noch auch die beiden Verkäuferleistungen zusammen.[137]) Die eigentliche Gegenleistung des Käufers für die beiden Verkäuferleistungen zusammen oder auch nur für die Eigentumsverschaffungsleistung bildet allein die Kaufpreiszahlungsleistung. Das Verhältnis dieser Leistung zu den Verkäuferleistungen regelt sich nach den allgemeinen Regeln über die gegenseitigen Verträge und ist für die Gestaltung des Verhältnisses zwischen der Abnahmeleistung und den Verkäuferleistungen ohne jede Bedeutung: Die Kaufpreiszahlung steht sozusagen außerhalb des sonstigen Kaufschuldverhältnisses, und wenn sie bezw. die Verpflichtung ein essentiale negotii für den Kaufvertrag ist, so hat das von den hier maßgebenden Gesichtspunkten aus doch nur die Bedeutung, daß das Kaufschuldverhältnis notwendig entgeltlich ist, — ein Moment, von dem hinwiederum für die Gestaltung des Verhältnisses der Abnahmepflicht zu den Verkäuferleistungen an sich nichts abhängt.[138]) Abnahmeleistung einerseits und die Verkäuferleistungen andererseits bilden vielmehr ein vollkommen in sich geschlossenes Ganzes von gegenseitiger begrifflicher Abhängigkeit der einzelnen Teile, das sich durchaus in sich nach Maßgabe dieser begrifflichen Abhängigkeit regeln muß: ob der

---

[137]) vgl. hierzu und zum folgenden S. 85 ff.

[138]) Es verhält sich diesbezüglich vielmehr so, daß, sobald die Kaufpreiszahlung auf das Verhältnis von Abnahmeleistung und Verkäuferleistung von Einfluß wäre, indem etwa der Kaufpreis niedriger angesetzt wäre, weil die Abnahme einen selbständigen Leistungswert repräsentiert, es sich nicht mehr um einen reinen Kaufvertrag handelte: je weniger also die Kaufpreisleistung mit den übrigen Leistungen zu tun hat, um so reiner ist der Charakter des Kaufvertrages als solchen.

Kaufpreis bezahlt war, oder ob er noch zu fordern ist, sind Erwägungen, die mit der Frage, ob im einzelnen Falle noch abzunehmen ist oder nicht, nichts zu tun haben. Fordert der Verkäufer den Kaufpreis, und verlangt der Käufer Verurteilung zur Leistung Zug um Zug, also zur Kaufpreiszahlung gegen Eigentumsverschaffung und Übergabe, so bedeutet das Urteil noch keine endgültige Lösung und Erledigung des Kaufschuldverhältnisses, sondern nun bleibt noch das Verhältnis von Abnahmeleistung und Verkäuferleistungen in sich und für sich zu regeln und zu lösen, und insbesondere bedeutet Verurteilung zur Kaufpreiszahlung noch nicht Verurteilung zur Abnahme oder die Verurteilung zur Eigentumsverschaffung und Übergabe, daß nun auch der Käufer abnehmen müßte, weil der Verkäufer Eigentum und Besitz übertragen muß.

Wir haben oben [139]) bereits den Gründen einer Reichsgerichtsentscheidung entnommen, inwiefern das Verhältnis zwischen Abnahme und Verkäuferleistung im Gegensatz zu dem Verhältnis zwischen Kaufpreiszahlung und Verkäuferleistung nicht lediglich das von Leistung und Gegenleistung ist. Dort handelte es sich aber zunächst nur darum, die begriffliche Abhängigkeit von Abnahme und Ablieferungsbereitschaft gegenüber der bloß funktionellen Abhängigkeit, in der Kaufpreiszahlung und Verkäuferleistung als Leistung und Gegenleistung zueinander stehen, hervorzuheben. Hier gilt es jedoch, nicht sowohl den Unterschied des Verhältnisses zwischen Kaufpreiszahlung und Verkäuferleistung einerseits und Abnahme und Verkäuferleistung andererseits zu betonen, als vielmehr das Verhältnis zwischen Kaufpreiszahlung einerseits zu Abnahme- und Verkäuferleistung andererseits, bezw. festzustellen, daß Abnahme, Übergabe und Eigentumsverschaffung ein in sich geschlossenes Ganzes bilden, das als solches der Kaufpreisleistung selbständig gegenübersteht.

Darin, daß, bezw. wie Abnahme, Übergabe und Eigentumsverschaffung ein in sich geschlossenes Ganzes von begrifflicher Abhängigkeit, einen selbständigen Komplex von einander bedingenden Leistungen bilden, beruht das eigentümliche Wesen

[139]) vgl. S. 82 ff.

des Kaufschuldverhältnisses. Innerhalb dieses Komplexes wickelt sich die eine Seite, ja, man könnte geradezu sagen, das eigentliche Kaufgeschäft völlig ab. Daß die Kaufpreiszahlungspflicht als essentiale negotii besteht, ist nichts für den Kaufvertrag, gegenüber anderen entgeltlichen Verträgen Bezeichnendes und für die Abwicklung des Kaufgeschäftes in dem angegebenen Sinne unwesentlich, obwohl gerade die Abnahmepflicht nur ein naturale negotii ist und an die Stelle der Übergabe ein Übergabeersatz treten kann, ohne daß dadurch der Kaufvertrag seinen Charakter eben als Kaufgeschäft verlöre.

Die Abnahmepflicht dient auch nicht sowohl dazu, um eine glatte Abwicklung des Sachübertragungsgeschäftes zu fördern oder, wie man auch sagen könnte, ein dem modernen Verkehr entsprechendes Tempo des Güterverkehrs zu sichern. Denn wenn auch der Käufer mit der Abnahmeverweigerung häufig nur den Zweck verfolgt, die Kaufpreiszahlung hinauszuzögern, so kann doch diese überhaupt nicht von der von dem Zahlungspflichtigen selbst zu leistenden Abnahme, sondern nur davon abhängen, daß der Verkäufer seine Leistung richtig anbietet. Und ebenso kann der Käufer, wenn er, auf Zahlung des Kaufpreises verklagt, Verurteilung zur Leistung Zug um Zug verlangt, lediglich Verurteilung des Verkäufers zum vollständigen und richtigen Angebot seiner Leistung erzielen. Er selbst hat sofort gegen dieses Angebot zu zahlen, obwohl auch die Leistung des Verkäufers an sich nicht erledigt ist, solange nicht abgenommen ist. Diese Erledigung des Verhältnisses von Abnahme und Verkäuferleistung kommt nun erst in Betracht, nachdem die Frage der Kaufpreiszahlung völlig abgetan ist, wie es denn oft auch dem Käufer gar nicht darauf ankommen mag, nicht zahlen, sondern eben nur nicht abnehmen zu müssen. Wenn dessen ungeachtet der Käufer, der nicht erfüllen will, in der Regel nicht zunächst bestreitet, zur Erfüllung seiner Haupt- und Gegenleistung, der Kaufpreiszahlung, verpflichtet zu sein, sondern vielmehr seine Abnahmeverpflichtung bestreitet, ohne noch eigens seine Zahlungsverpflichtung zu bestreiten, so zeigt doch auch dies nur, daß die Abnahmeverpflichtung mehr als Voraussetzung für die Zahlungsverpflichtung, denn als eine ganz

selbständige, der Zahlungsverpflichtung an sich neben- und gleichgeordnete Verpflichtung gilt, und daß sie — die Verpflichtung des Käufers! — mit der Leistungspflicht des Verkäufers zu einer Gesamtheit der Voraussetzungen für die Zahlungsverpflichtung gleichsam zusammenfließt, während doch in Wahrheit für die Abnahmeverpflichtung wie für die Zahlungsverpflichtung durchaus die gleiche Voraussetzung: das richtige Angebot der Verkäuferleistung, besteht. Die Überlegung ist hier nicht sowohl die: wenn der Verkäufer richtig anbietet, dann muß ich abnehmen, sondern die: wenn ich abnehmen muß, dann muß ich zahlen. Daher denn auch die nach Förtsch[140]) so häufig vorkommende Formulierung des Klageantrages, den Käufer zur Zahlung des Kaufpreises gegen Übergabe und — Abnahme zu verurteilen! So verkehrt dies ist, so ist es doch eben darin begründet, daß zwischen Abnahme, Übergabe und Eigentumsverschaffung ein innerer Zusammenhang besteht, der sie als Ganzes von der Kaufpreiszahlung abhebt und auch die innerste Rechtfertigung dafür bildet, daß in der Abnahme noch neben der Kaufpreiszahlung eine eigene Verpflichtung auferlegt ist.

Da die Abnahme Besitz zur Folge hat, so ist in dem Angebot der Abnahmeleistung die Bereitwilligkeit des Käufers, Besitz zu erwerben, mitausgedrückt. Aber darum braucht die Abnahme noch nicht Annahme der Besitzübertragung von seiten des Käufers zu bedeuten. Wäre der Käufer hierzu verpflichtet, so müßte auch der Besitzer-Verkäufer zur Annahme der Abnahmeleistung, also dazu verpflichtet sein, sich die Sache abnehmen zu lassen, da er ja doch zur Besitzübertragung verpflichtet ist. Er ist aber doch nur zur Besitzübertragung als solcher verpflichtet, nicht jedoch, die Sache sich auf jede beliebige Art abnehmen zu lassen.

Wir versuchen also in der Weise zu konstruieren, daß zunächst der Käufer, der weder abnehmen noch Eigentum erwerben will, durch die Abnahmeklage gezwungen werden kann, sich in die Lage zu bringen, die tatsächliche Gewalt über die Sache auszuüben,

---

[140]) a. a. O.; vgl. oben Anm. 5.

was nach § 854, 2 noch nicht Besitz ist. Das Abnahmeurteil enthält aber ferner für den Verkäufer die Ermächtigung, sobald — oder unter der Voraussetzung, daß — der Käufer sich in die Lage gebracht hat, die tatsächliche Gewalt über die Sache auszuüben, den Besitz der Sache nach § 868 aufzugeben, und insofern ist das Abnahmeurteil Feststellungsurteil, denn die „Ermächtigung" hat natürlich die Bedeutung, daß der Verkäufer als von seiner Besitzübertragungspflicht befreit, bezw. diese als erfüllt gelten soll, wenn der Verkäufer seinerseits alles ihm Mögliche tut, um den Käufer in die Lage zu bringen, die tatsächliche Gewalt über die Sache auszuüben, und eben, bis dies der Fall, den Besitz der Sache behält. Das Abnahmeurteil enthält aber endlich noch für den Käufer die Verpflichtung, die nun besitzerlose Sache seinerseits in Besitz zu nehmen.

Selbstverständlich kann es sich hierbei nur um die Auslegung des im § 433, 2 enthaltenen Gesetzesbefehles zur Abnahme handeln; dieser ist, so verstanden, auch unschwer mit der herrschenden Meinung zu vereinigen: die Besitzübertragung, bezw. die Übergabe setzt sich aus zwei Bestandteilen zusammen: Willenseinigung und Ablieferung. Als Pflicht des Verkäufers hat sie bei diesem einmal in dem bis zu erfolgter Abnahme fortdauernden Willen zur Einigung über den Besitzübergang zu bestehen. Was die außerdem dem Verkäufer obliegende tatsächliche Ablieferung anbetrifft, so setzt sich diese zusammen aus dem in die Lage-Bringen des Käufers zur Ausübung der tatsächlichen Gewalt, soweit das nicht in die Sphäre der Abnahmepflicht des Käufers fällt, und dem Aufgeben des Besitzes; hiermit jedoch zuzuwarten, bis der Käufer tatsächlich in der Lage ist, die tatsächliche Gewalt über die Sache auszuüben, und ihn eben nicht mehr bloß der Besitz des Verkäufers daran hindert, das gehört wiederum zum Inhalt der Verpflichtung des Verkäufers zum Wollen der Einigung über den Besitzübergang.

Man wird schließlich auch nicht behaupten dürfen, daß, die Ablieferung so verstanden, die Abnahme nun allerdings nicht als Annahme der Besitzübertragungsleistung als Ganzen, aber doch als Annahme des „Ablieferung" genannten Teiles der Besitzübertragungsleistung zu verstehen sei, wie es offenbar die

Meinung Oberloskamps ist, wenn er[141]) von einer besonderen „körperlichen Übergabe“ spricht, zu deren Annahme eben der Käufer verbunden sei. Unter „Ablieferung“ ist vielmehr nach den obigen Ausführungen nur zu verstehen, daß der Verkäufer das Seinige dazu tut, daß der Käufer in die Lage kommt, die tatsächliche Gewalt über die Sache auszuüben, und dann selbst den Besitz bezw. die tatsächliche Gewalt über die Sache im gegebenen Moment aufgibt.

Daß sich dieser Besitzaufgabe-Ablieferung der Besitzerwerb des Käufers durch Abnahme unmittelbar anschließen, oder vielmehr dieser mit jener zusammenfallen muß, auch tatsächlich häufig (so, wenn es sich um einen Fall, wie etwa den der Abnahme eines an einer Halteleine festzuhaltenden „wilden Tieres“ [§ 960], handelt) schon rein äußerlich notwendig zusammenfallen muß, besagt nichts gegen unsere Konstruktion, da es sich bei dieser ja nicht um Feststellung einer bei der Ablieferung-Abnahme einzuhaltenden Zeit- und Reihenfolge oder um eine zeitliche oder örtliche Abgrenzung der einzelnen Ablieferungs-Abnahmehandlungen handelt, sondern nur um die rechtliche gegenseitige Abgrenzung der einzelnen Handlungen oder der Verpflichtungssphären auf der Käufer- und Verkäuferseite.

Indem sie Ablieferung-Besitzaufgabe und Abnahme-Besitzerwerb zusammenfallen läßt, befriedigt unsere Konstruktion auch in der Beziehung, daß sie die Ablieferung und damit die Übergabe erst mit der Abnahme vollzogen sein läßt. Denn, wie hier nochmals betont sei, die Abnahme ist nicht als von den Verkäuferleistungen vollständig losgelöst zu betrachten, wie die Kaufpreiszahlung, sondern sie ist vielmehr mit ihnen begrifflich auf das engste verbunden: der Käufer hilft durch sie gewissermaßen selbst mit, nicht zur Erfüllung der Verkäuferleistung („Annahmepflicht“), die eben ausschließlich Sache des Verkäufers ist, sondern zur Abwicklung des Kaufgeschäftes als Ganzen.

Ferner liefert uns unsere Konstruktion eine Abnahme, die bloß Abnahme um der Abnahme willen, bloß Besitzerwerb, und zwar originärer Besitzerwerb mit der Folge fehlerfreien Besitzes,

---

[141]) a. a. O. S. 48, insbesondere auch Anm. 103.

ist. Wenn man überdies noch in Rechnung zieht, daß die Übergabe im Kaufschuldverhältnis ihre volle Bedeutung als Besitzübertragung erst als Mittel zur Eigentumsübertragung bezw. zur Bewirkung der Eigentumsverschaffungsleistung gewinnt, und bedenkt, daß nach unseren obigen Ausführungen von einer Verpflichtung des Käufers zum Eigentumserwerb nicht die Rede sein kann, vielmehr die Eigentumsfrage von der Abnahme ganz unberührt bleibt, und daß eine Frage ganz für sich ist, ob oder wann Eigentum übergeht, so kann auch hieraus nur noch ein weiteres Gegenargument dagegen hergeleitet werden, daß die Abnahme Annahme der Besitzübertragungsleistung als solcher sei.

Endlich sei noch hervorgehoben, daß unsere Konstruktion, soweit sie in dem Abnahmeurteil ein Feststellungsurteil mitenthalten sein läßt, dahingehend, daß der Verkäufer als von seiner Verpflichtung befreit zu gelten habe, wenn er den Besitz aufgibt in dem Moment, da der Käufer in der Lage ist, die tatsächliche Gewalt über die Sache auszuüben, sich in gewisser Weise mit der bekannten Kohlerschen Auffassung[142]) berührt, daß die Verpflichtung des Käufers zur Abnahme die Bedeutung habe, daß der Verkäufer das Recht habe, in bestimmter Weise mit der Sache zu verfahren, um sie so loszuwerden, und diese „Befugnis durch Feststellungsurteil feststellen zu lassen". Unsere Konstruktion unterscheidet sich aber von der, seitens Kohlers auch in seinem Lehrbuch festgehaltenen Auffassung insofern, als wir dem Verkäufer nicht die Befugnis geben, — mit dem Erfolge der Befreiung von seiner Verbindlichkeit — „mit der Sache in bestimmter Weise zu verfahren"[143]) oder „die Sache in irgendeiner Weise wegzuschaffen",[144]) sondern nur den Besitz der Sache aufzugeben, wenn der Käufer in der Lage ist, die tatsächliche Gewalt über die Sache auszuüben, während der Käufer seinerseits verpflichtet ist, die so besitzerlos werdende Sache „abzunehmen".

---

[142]) Kohler in Jherings Jahrb. Bd. 17 S. 261 f.; derselbe, Zwölf Studien, insbesondere S. 200 f.; derselbe, Lehrb. Bd. 2 S. 202.

[143]) Kohler, Zwölf Studien S. 201.

[144]) Kohler, Lehrb. Bd. 2 S. 202.

Es versteht sich von selbst und bedarf hier nicht mehr der Ausführung, daß unsere Konstruktion sich mit der Auffassung von der Abnahme als „Annahme als Erfüllung“ oder gar als „körperliche Hinwegnahme und Billigung der Kaufsache als vertragsmäßig“ nicht verträgt und auch eine Erweiterung des Abnahmebegriffes in dem Sinne, daß auch Abruf oder gar Spezifikation oder sonstige Annahmehandlungen unter die Abnahme fallen und dadurch dem Käufer zur Pflicht auf Grund von § 433, 2 gemacht würden, nicht zuläßt.

Die Abnahme, wie sie hier verstanden wird, bedeutet also nichts weiter als die Ermächtigung für den Verkäufer, sobald der Käufer in der Lage ist, die tatsächliche Gewalt über die Sache auszuüben, den Besitz aufzugeben und entsprechend für den Käufer die Verpflichtung, diese besitzerlos gewordene Sache alsbald in Besitz zu nehmen. — Daß der Käufer so weit in die Lage kommt, die tatsächliche Gewalt über die Sache auszuüben, daß eben nur noch die Tatsache des Besitzes des Verkäufers für jenes rein tatsächliche, der Besitzdienerschaft vergleichbare Verhältnis das Hindernis bildet, um Besitz zu sein, ist bezw. muß das Ergebnis des Zusammenwirkens von Verkäufer und Käufer sein, das auf der Seite des Verkäufers sich als den, „Ablieferung“ genannten Teil der Übergabe darstellt. Das Maß des Mitwirkens zu jenem Zusammenwirken, von der Verkäufer- und von der Käuferseite her, wechselt je nach der tatsächlichen Lage des einzelnen Falles: bald hat mehr der Verkäufer, bald mehr der Käufer mitzuwirken, wie eben die Ablieferungs-Abnahmehandlungen in jedem Einzelfalle ineinander greifen müssen, um jenen äußersten Zustand der unmittelbaren Ablieferungsbereitschaft herbeizuführen. Und dieses Zusammenwirken lassen wir dann eben an dieser Stelle, an diesem äußersten Punkte durch die Besitzaufgabe seitens der Verkäufers unterbrochen sein. Bei normaler Abwicklung des Kaufschuldverhältnisses würde an diesem, den Zusammenhang des beiderseitigen Zusammenwirkens unterbrechenden Punkte die Einigung über den Besitzübergang stattfinden, die, da der Käufer eben jetzt in der Lage ist, die tatsächliche Gewalt über die Sache auszuüben, zum Übergang des Besitzes genügen würde (§ 854, 2). Wo die

Einigung, in der sich die Annahme der Besitzübertragungsleistung ausdrücken würde und zu der daher der Käufer seinerseits nicht verpflichtet sein kann, nicht zustande kommt, da wäre eben jene in unserer Konstruktion vorgeschlagene Besitzaufgabe des Verkäufers zu unterstellen.

Da unsere Konstruktion sich auf die Lehre vom Eigentums-Besitzübergang an einer beweglichen Sache aufbaut, so ergibt sich von selbst, daß die Abnahmepflicht, wie sie hier verstanden wird, nur bei beweglichen Sachen Anwendung finden kann; das ist auch die herrschende Meinung, da der Verkäufer eines Grundstücks dessen Besitz aufgeben kann, wenn der Käufer nicht annehmen will.

Die Abnahmepflicht des Bestellers wird, in Übereinstimmung mit den Protokollen,[145]) von der herrschenden Meinung[146]) und vom Reichsgericht[147]) anders als die Abnahmepflicht des Käufers aufgefaßt. Die Abnahme des § 640 sei als „Annahme als Erfüllung" wie in den §§ 341 u. 363 zu verstehen, deren Begriff das Reichsgericht in folgenden Sätzen umschreibt: „Nicht jede bloße äußerliche Hinnahme der Leistung ist schon als Annahme als Erfüllung anzusehen. Andererseits aber ist es nicht unumgänglich notwendig, daß der Empfänger die Erfüllung als eine tadellose angenommen hat. Es genügt, wenn der Gläubiger die Leistung körperlich hinnimmt und dabei, sei es ausdrücklich, sei es stillschweigend und durch sein Verhalten bei und nach der Hinnahme zu erkennen gibt, daß er die Leistung als eine der Hauptsache nach dem Vertrage entsprechende Erfüllung anerkenne. Durch ein solches Anerkenntnis wird das Recht des Gläubigers, Mängel der Erfüllung zu rügen, nicht beseitigt, sondern nur, soweit der Gläubiger den Mangel kannte, eingeschränkt (§ 640, 2)

---

[145]) Mugdan a. a. O. S. 923 ff.

[146]) vgl. Oertmann a. a. O. S. 645 Bem. aβ zu § 640; Oberloskamp a. a. O. S. 22, 44.

[147]) vgl. RGE. Bd. 57 S. 338/39, Bd. 64 S. 240/41, Bd. 66 S. 282/83; vgl. dagegen die Entsch. v. 9. 4. 1907 (JurW. 1907 S. 331), oben S. 77; die obengenannten Entscheidungen sind vom II., die letztgenannte vom VII. Zivilsenat gefällt.

und im übrigen die Beweislast dafür, ob die Leistung dem Vertrage entspreche, umgekehrt (§ 363)“,[148]) der Gläubiger verliert m. a. W. die Einrede des nichterfüllten Vertrages.[149])

Hierüber hinaus verlangt eine Gruppe vom Besteller die Abnahme als Übernahme des Werkes mit Billigung,[150]) und es ist bemerkenswert, daß z. B. Oertmann noch in der 1. Auflage seines Kommentars (Bem. 1 zu § 640) bei dieser Gruppe stand, in der 2. Auflage dagegen die Abnahme des § 640 als „reale Übernahme des Werkes im Sinne der Erfüllungsannahme“ definiert.[151])

Nur wenig Schriftsteller[152]) stellen die Abnahme des § 640 der des § 433 gleich.

Den letzten Grund, warum die herrschende Meinung zwischen der Abnahme beim Kauf und beim Werkvertrag unterscheidet, gibt Planck[153]) an: der Besteller habe „ein vertragsmäßig hergestelltes Werk abzunehmen“, was Oertmann[154]) wie folgt erläutert: „Beim Kauf handelt es sich nur um die Abnahme der gekauften Sache durch den Käufer, anders beim Werkvertrage: die Übernahme der Sache, an der das Werk zu verrichten war, durch den Besteller befriedigt die Interessen des Unternehmers mit nichten, denn sie ergibt noch nichts für die Annahme des Werkes, auf die es hier allein ankommt. Darum verordnet denn auch § 640 eine Abnahmepflicht des Werkes selbst, nicht nur, wie § 433, der Sache — eine Verschiedenheit des Ausdruckes, die nach der vermutlichen Absicht der 2. Kommission die verschiedene Gestaltung der beiden Pflichten zum Ausdruck bringen sollte“. — Gegenüber dieser letzteren Behauptung darf man billig fragen, wie denn das Gesetz sich beim Werkvertrage anders hätte aus-

---

[148]) RGE. Bd. 57 S. 338/39.

[149]) vgl. Mugdan S. 925.

[150]) vgl. Oertmann a. a. O. S. 644 Bem. 1 a α zu § 640; Oberloskamp a. a. O. S. 22.

[151]) a. a. O. S. 646 Bem. 1 b γ zu § 640.

[152]) vgl. Oberloskamp a. a. O. S. 23, 48.

[153]) a. a. O. S. 609 Bem. c zu § 640.

[154]) a. a. O.

drücken sollen, als „Abnahme des Werkes“, und warum ferner der Beschluß der 2. Kommission, „daß die verschiedene Bedeutung der Abnahme in § 459, 2 (§ 433, 2 BGB.) auf der einen und in den Vorschriften über den Werkvertrag auf der anderen Seite durch eine Änderung der Fassung zu deutlichem Ausdruck zu bringen sei“,[155]) nicht zur Ausführung gekommen, vielmehr die Fassung des 1. Entw. (§ 572 Satz 1): „der Besteller ist verpflichtet, das vertragsmäßig hergestellte Werk abzunehmen“, insoweit unverändert gelassen ist, obwohl die Motive[156]) ausdrücklich die Abnahme beim Werkvertrage als mit derjenigen beim Kaufvertrag identisch verstanden wissen wollten.

Man wird indes überhaupt gut tun, aus dem Wortlaut der Bestimmungen über den Werkvertrag, in denen es sich um Fragen der Abnahme handelt, nicht allzu bestimmte Schlüsse zu ziehen. Denn wie die Redaktionskommission nichts getan hat, um den erwähnten Beschluß 2. Lesung zur Ausführung zu bringen, so verraten auch sonst die bezeichneten Bestimmungen eine Unsicherheit des Sprachgebrauches, die darauf schließen läßt, daß die Bestimmungen über den Werkvertrag Gesetz geworden sind, ohne daß der Gesetzgeber selbst volle Klarheit über das Wesen des Werkvertrages, wie dieses sich nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs gestalten sollte, gewonnen hätte. Der bloße Wortlaut gibt daher auch den allerentgegengesetzten Auffassungen Raum. Ein Beispiel für viele: § 640, 1 statuiert zunächst allgemein die Abnahmepflicht des Bestellers gegenüber dem vertragsmäßig hergestellten Werk, schränkt sie aber sogleich in dem Nachsatz: „sofern nicht nach der Beschaffenheit des Werkes die Abnahme ausgeschlossen ist“, wieder ein. Oertmann,[157]) der grundsätzlich in der Abnahme vor allem Annahme als Erfüllung erblickt, dies gleichsam als die Grundbedeutung der Abnahme ansieht, folgert aus der obigen Klausel, daß, da Annahme als Erfüllung gegenüber jeder Leistung, also auch jedem Werk, gleichviel welcher Beschaffenheit, gegenüber an sich möglich ist, daß die

---

[155]) vgl. Mugdan a. a. O. S. 925.
[156]) vgl. Mugdan a. a. O. S. 273.
[157]) a. a. O. S. 646 Bem. 2a zu § 640.

Abnahme nicht nur Annahme als Erfüllung bedeuten könne, sondern auch reale Übernahme — eben beides vereint — müsse bedeuten können. — Zweifellos heißt Abnahme im Rahmen der Klausel „reale Übernahme", anderenfalls würde, wie Oertmann meint, die Klausel inhaltslos sein; denn nur seine körperlichen oder sonstwie tatsächlichen Eigenschaften können ein Werk, das als Leistung annahmefähig wäre, abnahmeunfähig machen. Man wird also, wenn man nicht schon von der Auffassung ausgeht, daß Abnahme jedenfalls Annahme als Erfüllung bedeuten müsse, in der Klausel eine gewisse Beweiskraft dafür finden dürfen, daß die Abnahme nur die Bedeutung als reale Übernahme haben könne, denn wie könnte sie sonst überhaupt ausgeschlossen sein! Mindestens müßte also allein schon im Rahmen des Abs. 1 von § 640 die „Abnahme" im Vordersatz eine andere Bedeutung — reale Übernahme und Annahme als Erfüllung — haben, als in der Klausel des Nachsatzes, — eine Folgerung, die ein gewisses Mißtrauen in die „Absicht des Gesetzgebers" in bezug auf den „Werkvertrag" des Bürgerlichen Gesetzbuchs wohl rechtfertigen dürfte. Wir wollen daher auch aus dem Wortlaute des Gesetzes keinerlei definitive Schlüsse ziehen, zumal wiederum andere Bestimmungen sich kaum anders deuten lassen, als daß der Gesetzgeber bei der Abnahme des Werkvertrages eben auch an die Annahme als Erfüllung gedacht hat.

So ist insbesondere auch der Abs. 2 von § 640 bemerkenswert, insofern als er wörtlich mit § 464 übereinstimmt und nur dort, wo es in diesem Paragraphen „Annahme der (Kauf-)Sache" heißt, eben von „Abnahme des Werkes" spricht. Da es sich in § 464 zweifellos um Leistungsannahme als Erfüllung handelt, so liegt hier wiederum der Schluß nahe, daß auch die Abnahme im Abs. 2 von § 640 Annahme als Erfüllung heißen soll. Wir hätten also in einem Paragraphen (§ 640) für „Abnahme" eine dreifache Bedeutung zu unterstellen: im Vordersatz des Abs. 1 „Annahme als Erfüllung und reale Übernahme", im Nachsatz „reale Übernahme" und im Abs. 2 „Annahme als Erfüllung".

Eben der Vergleich zwischen § 640, 2, und § 464 führt uns indes noch einmal zurück zu dem, was Planck-Oertmann über die Ausdrucksweise des Gesetzes „Abnahme des Werkes"

im Gegensatz zu „Abnahme der (Kauf-)Sache“ zu sagen wissen. Jedenfalls ist es nicht ganz richtig, — wie Oertmann — daraus, daß es beim Kaufvertrag „Abnahme der Sache“ und beim Werkvertrag „Abnahme des Werkes“ heißt, den Schluß zu ziehen, daß es sich hier um etwas Grundsätzliches oder in seinem Wesen andres handle als dort. Es handelt sich vielmehr in beiden Fällen um die Abnahme des — uneigentlichen — „Gegenstandes der Leistung“, welcher eben bei dem Kaufvertrage die (verkaufte) Sache, beim Werkvertrage das (hergestellte) Werk ist und heißt. Aus diesem Umstande an sich ist also gar nichts für den Begriff der Abnahme beim Werkvertrage zu folgern, man könnte vielmehr aus dem beziehungsweise gleichen Sprachgebrauche eine gleiche Bedeutung für das gleiche Wort Abnahme herleiten. Wie wenig der Sprachgebrauch des Gesetzes selbst zu Schlußfolgerungen wie den Oertmannschen Veranlassung geben dürfte, beweist nun aber am besten der Ausdruck „Annahme der (Kauf-)Sache“ (statt — irgendwie — der Verkäuferleistung) im § 464;[158]) hier ist, wie oben ausgeführt worden, Annahme der Kaufsache ebenso zu verstehen, wie Oertmann meint, daß Abnahme des Werkes, eben im Gegensatz zu Abnahme der (Kauf-) Sache in § 433, 2, zu verstehen sei, nämlich als Annahme des eigentlichen Gegenstandes der Leistung im engeren Sinne als Leistungserfüllung. Oertmann macht demgegenüber den Fehler, den Stoff, das stoffliche Substrat der Werkleistung, die Sache, an der das Werk zu bewirken ist, oder die durch die Werkleistung zum Werke werden soll, der Kaufsache begrifflich schlechthin gleichzustellen, und kommt so zu der Meinung, daß wenn der Gesetzgeber hätte ausdrücken wollen, daß die Abnahme nach § 433, 2 und die nach § 640 gleich sein sollten, er auch in § 640 von der Sache oder irgendwie von dem Stoff oder Substrat hätte sprechen müssen, anstatt von dem Werk, das doch etwas andres sei als die Sache. In diesem letzteren Punkte hat Oertmann natürlich an sich recht, — verkehrt ist nur die Beziehung der (Kauf-)Sache zum Werk.

---

[158]) vgl. über die relative Berechtigung dieser Abweichung vom sonstigen Sprachgebrauch des Gesetzes bezüglich „Annahme“ oben S. 6.

Verkehrt wäre aber auch nach unserer Auffassung von dem Wesen der Abnahme, wenn der Gesetzgeber, wie es Oertmann will, falls er die Abnahme beim Kauf- und Werkvertrage hätte gleichstellen wollen, von etwas anderem als von „Abnahme des Werkes“ gesprochen hätte. Die Abnahme bezieht sich auf den — uneigentlichen — Gegenstand der Leistung; handelte es sich bei der Abnahme nicht eben um diesen — wenn auch nur uneigentlichen — Gegenstand der Leistung, sondern — beim Kaufvertrag — nur um die Sache als solche, wie es wohl die etwas unklare Meinung Oertmanns ist, dann böte die Frage der Abnahme, wenigstens beim Kaufe, keine Schwierigkeiten, das dürfte aus unseren Ausführungen über den „Gegenstand der Leistung“ zur Genüge hervorgehen. — Beim Werkvertrage ist aber nun nichts anderes — uneigentlicher (und in gewissem Sinne zugleich auch eigentlicher) — „Gegenstand der Leistung“, als eben das Werk: Der Werkstoff ist, solange er nicht zum Werke gediehen, nichts als ein, wenn auch das vornehmste, Werkzeug, wenn er auch, solange das Werk nicht vollendet, der Gegenstand ist, an dem (zum Unterschiede vom eigentlichen „Werkzeug“, als mit welchem) die Werkleistung zu bewirken ist. Es wäre unsinnig, den Besteller zu verpflichten, den Werkstoff in dem Sinne wie die Kaufsache abzunehmen, bevor er, bezw. bevor das Werk geworden ist, und bei oder nach Vollendung des Werkes den Werkstoff allein oder als solchen fortzunehmen, ist unmöglich, da er nun doch immer selbst das Werk oder der Träger der Werkleistung wäre und mit ihm das Werk weggenommen würde. Der Gesetzgeber hätte also höchstens eine Scheidung treffen können zwischen solchen Werkleistungen, die sich in einem Werkstoff als einem körperlichen Gegenstand, kurz, in einer Sache verkörpern, und solchen, denen das körperliche Substrat in diesem Sinne fehlt. Er hat aber nun einmal in § 631 die Verträge über materielle und die über immaterielle Werke grundsätzlich zusammengefaßt, und es beruht vielleicht eben in dieser prinzipiellen Zusammenfassung von teilweise heterogenen rechtlichen Tatbeständen für das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, daß nun in den Einzelbestimmungen, wie in denen über die Abnahme des Werkes, sich Unstimmigkeiten ergeben.

Andrerseits liegt es aber auch im Wesen des Werkes selbst begründet, daß der Gesetzgeber es vorziehen mochte, den Werkvertrag zunächst einheitlich als einen Vertragstypus sowohl für immaterielle als auch für materielle Werke zu gestalten. Denn auch bei den materiellen Werken kommt es durchaus nicht zunächst auf die Materie, sondern vielmehr darauf an, daß ein bestimmtes Ergebnis, ein Erfolg, ein Werk — als Gesamtheit des Leistens oder Gesamtleistung — erzielt wird, wie bei den immateriellen Werken. Hierin liegt das allen Werken gemeinsame Moment, und von hier aus läßt sich auch sehr wohl ein einheitlicher Werkbegriff aufstellen, der die prinzipielle Zusammenfassung aller auf die Erzielung eines Ergebnisses — das der Schuldner herbeizuführen versprochen hat: „versprochenes Werk“ (§ 631)[159] — gerichteten Verträge in dem einen einheitlichen Werkvertrage rechtfertigt, wenn nicht geradezu verlangt. Dies zugegeben, erwächst aber nun auch die Berechtigung und Verpflichtung zugleich, im einzelnen möglichst scharf zu scheiden.

Wenn demnach oben gesagt ist, daß es auch bei materiellen Werken auf das Ergebnis, den Erfolg ankomme, so muß

---

[159]) Dadurch unterscheidet sich der eigentliche Werkvertrag von Risikoverträgen, wie wir sie oben (vgl. S. 38) kennen gelernt haben, daß beim Werkvertrag der Erfolg vom Unternehmer versprochen, beim Risikovertrag dagegen ganz oder doch ausgesprochenermaßen ungewiß ist, und bei diesem die wesentliche Hauptleistung darin besteht, daß der Schuldner den von Zufällen, die außerhalb seines Vermögens und Machtbereiches stehen, abhängigen Erfolg „garantiert“ (was etwas anderes ist als „versprechen“), d. h. auf Vergütung verzichtet, wenn der Erfolg nicht eintritt, bezw. der Gläubiger eine Extravergütung oder Erfolgsprämie (vgl. zur Unterscheidung dieser vom Werklohn oben S. 55) verspricht, wenn der Erfolg eintritt: die Leistung besteht hier in der Gefahr- oder besser Risikoübernahme, beim Werkvertrag in der Herstellung des versprochenen Werkes. Der Schuldner kann auch erklären, einen oder den „Erfolg nicht garantieren zu können“ (hier ist „garantieren“ gleich „versprechen“); hier kann es sich aber gleichwohl eher um einen Werkvertrag handeln als in den obigen Fällen, da der Schuldner meist doch irgendetwas Bestimmtes, ein Ergebnis bestimmt verspricht und es nur ablehnt, einen weiteren Erfolg zu versprechen oder dafür einzustehen, daß ein weiterer Erfolg dessen, was er zunächst in der Richtung auf ihn insoweit abschließend leistet, eintritt.

man hier eben unterscheiden zwischen dem Gesamtergebnis oder dem Erfolg im ganzen, was als solches versprochen wird, und dem — materiellen — Werk bezw. den einzelnen Teilwerken oder Werkteilen, aus denen sich das Gesamtwerk zusammensetzt, und die erst zusammen und vereint das eigentliche Ergebnis, das Gesamtwerk, das, was, oder das als solches versprochen wurde, ausmachen. Wenn nun in diesem „Gesamtwerk" die materiellen mit den immateriellen Werkverträgen übereinstimmen — und an diesem „Gesamtwerk" darf es bei keinem Werkvertrage fehlen —, so ist doch wiederum bei den materiellen Werkverträgen selbst zu unterscheiden zwischen solchen Gesamtwerken, die fertig hergestellt sein müssen, wenn ihre eventuellen Teile Werke im Sinne des Werkvertrages sein sollen, und solchen Gesamtwerken, die man als immaterielles Ergebnis materieller Werkleistungen bezeichnen könnte, weil bei ihnen die einzelnen Teilwerke auch für sich allein als Leistungen aus dem Wervertrage, als vollgültige Teilwerke gelten können. Es sei hier zunächst an den oben bereits hervorgehobenen Unterschied zwischen „Teilwerk" und „Werkteil" [160]) erinnert: Der Buchbinder, der versprochen hat, den zum Einbinden bestimmten Teil der Auflage eines Buches zu binden. Dieser hat nicht nur das Einbinden der einzelnen Bände versprochen, sondern auch eine bestimmte, den gebundenen Auflagenteil bildende Anzahl Bände zu binden. Es handelt sich hierbei um einen Werkvertrag, der tatsächlich erfüllt wird, indem die einzelnen Bände gebunden werden, der aber rechtlich erst voll erfüllt ist, wenn das Gesamtergebnis erzielt, die bestimmte Zahl Bände gebunden ist. Der Unternehmer übernimmt, rein von seiner Leistungsverpflichtung aus gesehen, indem er das Gesamtergebnis des gebundenen Auflagenteils verspricht, tatsächlich nichts mehr, als wenn er nur das Binden der einzelnen Bände versprochen hätte. Nur insofern besteht gleichwohl ein Unterschied, als der Besteller in diesem Falle nicht verpflichtet ist, die Bände einzeln abzunehmen,

---

[160]) vgl. oben S. 47 ff.; vgl. auch S. 34 bezüglich des dort angedeuteten Gedankens einer Zusammenfassung von Teilwerkleistungen durch einen „Dienstvertrag" zu einem „immateriellen Gesamtwerk".

sondern nur insgesamt. Nimmt er aber hinwiederum einzelne Bände ab, bevor alle Bände gebunden und — als Gesamtleistung — angeboten sind, so muß diese Teilabnahme oder Vorabnahme, wie man sie auch nennen könnte, wie eine Vollabnahme behandelt werden. Denn das Gesamtwerk — der gebundene Auflagenteil — ist als solches immateriell und braucht bezw. kann daher nicht abgenommen werden; was an dem Gesamtwerk materiell ist, das wird durchaus und vollständig durch die einzelnen gebundenen Bände repräsentiert. Eine eigene materielle Existenz neben den einzelnen Bänden wohnt dem Gesamtwerk nicht inne. Daß der Besteller berechtigt ist, die Vorabnahme einzelner Bände zu verweigern, bezw. nur verpflichtet ist, die den gebundenen Auflagenteil bildenden Bände in ihrer Gesamtheit, und wenn sie sämtlich gebunden vorliegen, abzunehmen, darf auch nicht so gedeutet werden, als ob er zur Annahme als Erfüllung verpflichtet wäre. Denn wenn die Vorabnahme der Teilwerke, falls sie erfolgt, für sich als Vollabnahme zu gelten und aus den so vorabgenommenen — uneigentlichen — Teilgegenständen der Leistung nach erfolgter Abnahme keine weitere (Abnahme-) Verpflichtung mehr für den Besteller restiert, diese vorabgenommenen Teilwerke vielmehr mit ihrer Abnahme in bezug auf das Werkschuldverhältnis und die aus diesem erwachsende Abnahmeverpflichtung im allgemeinen endgültig erledigt sind, so ist nicht einzusehen, worin sich die Abnahme aller Bände insgesamt von der Summe der Vorabnahmen der einzelnen Bände tatsächlich unterscheiden soll. Überdies ist auch der Käufer berechtigt, die Abnahme zu verweigern, wenn die angebotene Kaufsache nicht die volle Erfüllung der Verkäuferverpflichtung bedeutet.

Demgegenüber kann es auch solche Gesamtwerke geben, die sich in Werkteile zerlegen lassen, und zwar u. U. derart, daß das Gesamtwerk in diesen Werkteilen abgenommen werden muß. Wesentlich ist solchen Werkteilen, daß der Besteller erst dann urteilen kann, ob sie Leistungserfüllung bedeuten, wenn sie alle beisammen und event. zusammengefügt sind, da jeder Teil erst dadurch seine volle Bedeutung und seinen ganzen Leistungswert erhält, daß er sich mit den übrigen Werkteilen zu einem

Ganzen zusammenfügt. Hier kann die Abnahme einzelner Werkteile unmöglich die Bedeutung der Annahme als Erfüllung haben (übrigens auch bei den Teilwerken die Vorabnahme deshalb nicht, weil nur das Angebot der Teilwerke insgesamt die Erfüllung ist, die als solche angenommen werden könnte), und wenn der Besteller auf Grund seiner Abnahmeverpflichtung und der Beschaffenheit des Werkes etwa verpflichtet wäre, in Werkteilen abzunehmen, so kann doch unmöglich von ihm verlangt werden, diese Werkteile als Erfüllung anzunehmen. Und da sich die Abnahme in Werkteilen vollzieht, und sie beendigt ist, wenn der letzte Werkteil abgenommen ist, so kann der Besteller nicht verpflichtet sein, nun noch das Gesamtwerk auf Grund seiner Abnahmeverpflichtung als Erfüllung anzunehmen; denn für die „reale Übernahme" bleibt nun nichts mehr übrig, und die Annahmeverpflichtung ihrerseits könnte sich auf Grund der Abnahmeverpflichtung immer doch nur mit der Abnahme als realer Übernahme vollziehen. Bei den Werkteilen wie bei den Teilwerken hat der Besteller seine Abnahmepflicht erst voll erfüllt, wenn er alle Werkteile bezw. Teilwerke abgenommen hat, das heißt aber nicht, daß er zur Abnahme als Annahme als Erfüllung verpflichtet wäre, dies würde vielmehr eine weitere Verpflichtung über die mit dem letzten abgenommenen Werkteil oder Teilwerk erfüllte Abnahmeverpflichtung hinaus bedeuten und mit dieser nichts weiter zu tun haben, als daß sie sich eben nur an deren Erfüllung erst anschließen könnte.

Wir fassen also zusammen: Wo in Teilwerken oder Werkteilen abgenommen werden kann (und wird), da vollzieht sich die Abnahme an den Teilwerken bezw. Werkteilen, und wenn alle Teilwerke bezw. Werkteile abgenommen sind, dann bleibt nichts Materielles mehr übrig, was abgenommen werden könnte, sondern nur noch ein Immaterielles oder Ideelles in dem Gesamtwerk als solchem, das eben als solches auch nach der herrschenden Meinung nicht abgenommen werden kann, bezw. nicht abgenommen zu werden braucht. Und wenn auch der Besteller nur dieses Gesamtwerk oder die Gesamtheit der Teilwerke oder Werkteile abzunehmen verpflichtet ist, so ist doch daraus, daß, wenn in Teilwerken bezw. Werkteilen

abgenommen wird, nichts Materielles mehr zur Abnahme übrigbleibt, zu schließen, daß die Abnahmepflicht gegenüber dem Gesamtwerk in ihrem ganzen Wesen keine andere sein kann, als die Teilabnahme oder Vorabnahme: nimmt der Besteller das Werk insgesamt ab, so tut er hinsichtlich seiner Abnahmeverpflichtung nichts mehr oder anderes, als wenn er in Teilwerken oder Werkteilen abnimmt bezw. vollständig abgenommen hat.

Und ebenso muß man nun allerdings unterscheiden auch bei Werken, die nicht in Teile zerfallen oder sich zerlegen lassen, zwischen dem Werk als Ergebnis und dem Werk als körperlichem Gegenstand. Jenes Ergebnis ist als solches ein immaterielles, ideelles, so gut wie bei eigentlichen immateriellen Werken, deren Abnahme nicht in Frage kommt, sodaß, wenn das materielle Werk körperlich abgenommen ist, auch hier nichts mehr zum Abnehmen übrigbleibt.

Darin unterscheidet sich, um zu unserem Ausgangspunkt, der Planck-Oertmannschen Erläuterung der Abnahmepflicht, zurückzukehren, das Werk von der Kaufsache, daß in dem Werk sich die Leistung unmittelbar verkörpert[161]) und so das Werk als „Gegenstand der Leistung" sowohl im uneigentlichen Sinne (wie die Kaufsache) als auch im eigentlichen Sinne erscheint. Tatsächlich aber läßt sich — und das lehrt eben die Untersuchung der Teilwerk- bezw. Werkteilfrage — zwischen dem körperlichen Gegenstand „Werk", als dem der Kaufsache entsprechenden uneigentlichen, und dem immateriellen oder ideellen Ergebnis „Werk", als dem eigentlichen Gegenstande der Leistung, sehr wohl unterscheiden. Nicht die Sache, wie Oertmann meint, ist beim Kauf abzunehmen, sondern der

---

[161]) Bei den Werklieferungsverträgen kommt zur Herstellung des Werkes noch dessen Übergabe und Eigentumsverschaffung als weiterer Inhalt der Leistungspflicht des Unternehmers hinzu. Hier kann also unsere Konstruktion der Abnahme beim Kaufe, zumal bei den Werklieferungsverträgen über vertretbare Sachen, bei denen § 640 nicht, sondern dafür § 433 gilt, ohne weiteres verwendet werden, und es verschlägt auch nichts, daß bei den Werklieferungsverträgen über unvertretbare Sachen § 640 ausdrücklich beibehalten ist, da dadurch an den hier festgestellten tatsächlichen Verhältnissen und rechtlichen Tatbeständen nichts Wesentliches geändert wird.

uneigentliche Gegenstand der Leistung. Und ebenso ist auch beim Werkvertrage das Werk als uneigentlicher Gegenstand der Leistung abzunehmen, d. h. nur dann ist abzunehmen, wenn die Werkleistung einen solchen uneigentlichen Gegenstand der Leistung hat. — Das ist der teilweise [162]) Sinn der Klausel: „insoferne nicht nach der Beschaffenheit des Werkes die Abnahme ausgeschlossen ist". Der eigentliche Gegenstand der Leistung, das Werk als Ergebnis, Erfolg und damit als Erfüllung der Werkleistungspflicht ist nicht abzunehmen, sondern kann vom Besteller nach seinem Belieben angenommen werden, und es ist nur in der eigenartigen Natur des materiellen Werkvertrages als einem zugleich auf die tatsächliche Veränderung — Be- oder Verarbeitung — einer Sache wie auf ein damit zu erzielendes Ergebnis gerichteten Vertrage begründet, daß hier das Werk zugleich als uneigentlicher und als eigentlicher Gegenstand der Leistung, und es so erscheint, als ob auch dieser mit abgenommen werden müßte. — Daß ein Erfolg, ein Ergebnis erzielt werde, ist allen Werkverträgen wesensgemeinsam, nicht aber daß sich diese Leistung in einem körperlichen Gegenstande als dem — uneigentlichen — Gegenstande der Leistung verkörpere,[163]) und nur wo dieser vorliegt, da kann, unter weiteren Voraussetzungen, d. h. „insofern nicht nach der Beschaffenheit des Werkes die Abnahme ausgeschlossen ist", die Abnahme ebenso wie beim Kaufvertrage verlangt werden. — Es steht hiernach nichts im Wege, unsere Definition und Konstruktion der Abnahme beim Kauf auch auf den Werkvertrag zu übertragen.

[162]) Die Klausel hat weiterhin noch den Sinn, daß sie auch alle materiellen Werke, die sich bereits im Besitze des Bestellers befinden, von der Abnahme ausschließt (vgl. Planck a. a. O. S. 610 Bem. 1 e).

[163]) Beim Transportvertrag findet keine Abnahme statt; ebenso Oertmann a. a. O. 2. Aufl. S. 647 Bem. 2 a γ (der in der 1. Aufl. seines Komm. den Transport noch für abnahmefähig erklärt hatte), „denn beim Transport ist die Übergabe der transportierten Sache an den Empfänger nicht Abnahme, sondern gehört zur Vollendung des Werkes als solcher". Zur Frage der Abnahme beim Werkvertrage vgl. auch insbesondere noch die obige Untersuchung über den Unterschied zwischen Dienst- und Werkvertrag S. 22—63.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.